

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Administrativo



MÁSTER OFICIAL DE DERECHO PÚBLICO

**“DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS
ESPECIALES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”**

AUTORA: FÁTIMA MABEL ALMONACID SARA

TUTOR: JOSÉ EUGENIO SORIANO GARCÍA, CATEDRÁTICO Y DIRECTOR DEL
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

CONVOCATORIA: JUNIO 2013

CALIFICACIÓN: 9

AGRADECIMIENTOS

El presente Trabajo de Fin de Máster no es solo el resultado de quien suscribe sino del apoyo prestado por un conjunto de personas a quien mediante estas breves líneas quiero brindarles mis más sinceros agradecimientos.

En primer lugar, quisiera agradecer al doctor José Eugenio Soriano García por su apoyo y orientación constante, así como a las estudiantes del doctorado Marta Martínez y Sandra Ortiz por absolver las constantes preguntas que surgían en el desarrollo del trabajo. De igual modo a la doctora María Madrid por la orientación metodológica.

Además quisiera destacar la amistad, ayuda, intercambio de experiencia y ánimo constante con los compañeros del máster. En especial a Ana Heredia y Ángela Estrada por escucharme pacientemente, y a mi compañero y colega de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, Carlos Infante por sus recomendaciones para la metodología desde su experiencia en el campo de la ciencia política.

Agradecer con especial cariño a Mabel y Raúl, mis padres, por su comprensión y apoyo firme, a Claudia, Raúl y Sofía, mis hermanos, por el ánimo y fuerzas que con sus sonrisas me dan día a día y a mi familia en general, tíos y primos, por hacerme sentir cerca de casa.

Con todo mi corazón, a Dios por ser la luz que guía mi camino y no abandonarme nunca.

¡Muchas gracias a todos ustedes!

RESUMEN

Al iniciar la recolección de información para la elaboración del Trabajo de Fin de Máster nuestra primera inquietud surgió al encontrarnos frente a una gran cantidad de producción normativa en materia de contratación pública tanto de la Unión Europea como del Estado Español. Situación que no es comparable con mi país de origen, Perú, donde la evolución de la contratación pública es prácticamente exclusiva del Estado y los procesos de integración no han llegado a los niveles que se manifiestan en la Unión Europea. Otro punto de gran interés fue descubrir cómo la normativa de contratación pública española está vinculada sin reservas a la defensa de la competencia y que esta vinculación es producto de la influencia de las Comunidades Europeas, ahora Unión Europea.

Estas dos características de la contratación pública española son las que me impulsaron plantear un trabajo de investigación donde pueda relacionar ambas materias: la contratación pública y la defensa de la competencia.

En la introducción del presente trabajo, desarrollo inicialmente las preguntas de indagación que me llevaron a formular la hipótesis del trabajo y plantear las variables. La hipótesis formulada para el trabajo es *“el uso excesivo de los procedimientos especiales de contratación pública lesiona la libre competencia”*. Para poder comprobar esta hipótesis hemos estudiado los siguientes tres puntos: (i) el estudio de los procedimientos especiales de contratación, (ii) algún elemento que relacione la defensa de la competencia en los procedimientos especiales de contratación y (iii) datos sobre el uso actual de los procedimientos de contratación en los poderes adjudicadores.

En el primer capítulo se intenta explicar los elementos de la normativa española en materia de contratación pública que sean relevantes para el trabajo de investigación propuesto, seguidamente se desarrolla desde una perspectiva histórica la evolución de los procedimientos especiales de contratación pública. La extensión de este capítulo permite realizar una aproximación necesaria para abordar el objeto de estudio de la presente

investigación de manera consecuente sin dejar de respetar los cánones de una tesina y al mismo tiempo proporciona elementos indispensables para una futura exportación del trabajo a mi país. Finalmente, basándose en fuentes normativas se plasma el diseño actual de los procedimientos especiales de contratación.

En el segundo capítulo, se aborda la relación entre el derecho de la competencia y la regulación de la contratación pública, específicamente en lo que se refiere a los procedimientos especiales: restringido, negociado y diálogo competitivo, fijando como base de esta relación a los principios de la contratación pública: igualdad de trato, concurrencia, transparencia y publicidad. El estudio de los principios de basa fundamentalmente en fuentes jurisprudenciales.

En el tercer capítulo, se lleva a cabo el análisis de los procedimientos especiales de contratación pública a la luz de la aplicación de los principios mencionados mediante los indicadores descritos en el marco metodológico de la introducción. Seguidamente se analizan las fuentes de aplicación, es decir los datos obtenidos del Ayuntamiento de Madrid, con el fin de conocer las características de la aplicación actual de los procedimientos especiales, por parte del mencionado ente local.

La tesina presentada intenta mostrar una visión original del problema abordado. Pretende en todo momento seguir la rigurosidad metodológica, a fin de conseguir las competencias propuestas en la Guía docente del TFM. Se espera que el trabajo sea de vuestro agrado y cumpla con las expectativas deseadas.

Madrid, junio 2013

PALABRAS CLAVES

Defensa de la competencia, contratos públicos, principios de contratación pública, principio de igualdad de trato, principio de concurrencia, principio de publicidad, principio de transparencia, procedimientos de contratación pública, procedimiento negociado, procedimiento restringido, procedimiento dialogo competitivo, Ayuntamiento de Madrid.

ABREVIATURAS

CE	Constitución Española de 1978
CNC	Comisión Nacional de Competencia
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
LCSP	Ley de contratos del Sector Público
TRLCS	Texto Refundido de la Ley de Contrataciones del Estado
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
UE	Unión Europea

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	10
1. Derecho de la competencia y la importancia para el correcto funcionamiento del mercado	10
2. La defensa de la competencia en los procedimientos especiales de contratación.....	12
3. Objeto e hipótesis del trabajo.....	13
4. Metodología	17
5. Importancia y objetivos del trabajo de investigación.....	21
CAPITULO I: Procedimientos especiales de contratación pública.....	23
1. Principales influencias normativas al Derecho de la contratación pública española	26
a) Normas nacionales.	26
b) Normativa internacional	30
c) Influencia del Derecho Europeo	35
i. <i>Normas europeas en materia de contratación pública</i>	39
ii. <i>Adaptación de la normativa Española a la normativa comunitaria</i>	53
2. Diseño y objetivos actuales de los procedimientos especiales de contratación	59
a) Procedimiento restringido.....	59
b) Procedimiento negociado.....	62
c) Dialogo competitivo	70
CAPITULO II: El derecho de la competencia y la regulación de los contratos públicos ...	72
1. La defensa de la competencia como instrumento al servicio de los objetivos de la Unión Europea.	72
2. Los principios de la contratación pública como instrumentos de la defensa de la competencia.	78
a) Igualdad de trato	84

b) Transparencia.....	87
c) Publicidad	89
d) Concurrencia.....	93
CAPITULO III: Análisis del diseño y uso de los procedimientos de contratación pública.	95
1. Justificación y contenido de los indicadores seleccionados	95
2. Análisis del diseño de los procedimientos especiales de contratación.....	97
a) Número de días de convocatoria.....	97
b) Número mínimo de licitadores	99
c) Medios de difusión en dependencia de los “montos de ejecución”	100
d) Acceso a la información de los procedimientos finalizados.....	103
3. Análisis del uso de los procedimientos especiales de contratación en el ayuntamiento de Madrid.....	105
a) Número de contratos por procedimientos	106
b) Monto total ejecutado por tipo de procedimiento	107
CONCLUSIONES.....	109
LIBROS Y REVISTAS	111
DOCUMENTOS.....	117

INIDCE DE CUADROS Y GRÁFICOS

Cuadro N°1:	Información sobre contrataciones de ayuntamientos con más de 5000 habitantes.	119
Cuadro N°2:	Resumen de la información obtenida de la observación de los ayuntamientos.	15
Cuadro N°3:	Metodología de la recolección de datos de los ayuntamientos seleccionados.	16
Cuadro N°4:	Datos sobre la frecuencia de uso de los procedimientos en los ayuntamientos seleccionados.	16
Cuadro N°5:	Variables del trabajo de investigación.	19
Cuadro N°6:	Variables e indicadores del trabajo de investigación.	19
Cuadro N°7:	Relación entre indicador y principios de contratación pública para el análisis de los procedimientos.	20
Cuadro N°8:	Contratos sujetos a regulación armonizada.	25
Cuadro N°9:	Número de días de convocatoria en el procedimiento restringido.	62
Cuadro N°10:	Número de días de convocatoria en cada procedimiento.	97
Cuadro N°11:	Número mínimo de licitadores en cada procedimiento.	99
Cuadro N°12:	Medios de difusión de contratos públicos vía procedimientos especiales en las administraciones públicas.	101
Cuadro N°13:	Medios de difusión de contratos públicos vía procedimientos especiales en los entes del sector público que no tienen carácter de administración pública.	102
Cuadro N°14:	Medios de difusión para los para los contratos sometidos a supuestos de procedimientos negociados.	102
Cuadro N°15	Número de contrato por procedimiento en el Ayuntamiento de Madrid.	106
Gráfico N°1:	Comparación de número de días de convocatoria en cada procedimiento respecto al tipo de contrato.	98
Gráfico N°2:	Progresión del uso de los procedimientos en el ayuntamiento de Madrid en los años 2010, 2011 y 2012.	106
Gráfico N°3:	Montos totales ejecutados en los años 2010 y 2011 en los procedimientos de contratación del Ayuntamiento de Madrid.	107

INTRODUCCIÓN

1. Derecho de la competencia y la importancia para el correcto funcionamiento del mercado

La existencia de una *intervención de carácter normativo* sobre los mercados, como límite estructural de la libertad de empresa, se ha revelado como un elemento fundamental de la historia económica, destinando, precisamente a defender el mercado como institución.¹ Esta intervención normativa también puede tener alcance sobre el mercado como negocio individual.

La defensa de la competencia, se sitúa en el mercado- institución, mientras que la competencia desleal en el mercado negocio individual.² Ambas forman parte del Derecho de la competencia que se constituye como un orden público económico, convirtiendo al mercado en uno de los bienes más valiosos para la colectividad y para sus agentes económicos.

La teoría económica nos explica por qué el desarrollo de los mercados competitivos constituye un objetivo de política económica y que, por ello precisamente, es necesario un sistema de normas de defensa de la competencia³

Un mercado competitivo conduce a una asignación eficiente de recursos y confiere ventajas a los consumidores tales como precios más bajos o productos de mayor calidad. Ello se debe a que la competencia fuerza a las empresas a tratar de satisfacer a los consumidores, si quieren asegurarse clientes y no ver reducidas sus ventas. Para atraer a sus consumidores se esfuerzan por mejorar la relación calidad precio de los productos e innovar para desarrollar nuevos bienes o servicios y emplear tecnologías eficientes con el mínimo coste de producción.

¹ SORIANO GARCÍA, J: “*Derecho público de la competencia*”, Ed. Marcial Pons, Primera edición, Madrid 1998, Pág. 17

² *Ibíd.*, Pág. 28

³ GUTIERRES I y otro: «Economía de la competencia» en BENEYTO PEREZ, J.: Tratado de Derecho de la Competencia, Ed. Bosh,. Barcelona 2005.Pág. 2

El proceso de adaptación de la oferta de las empresas a los gustos de los consumidores es posible gracias a la asignación de precios. Si los consumidores prefieren un determinado producto del que no existe una oferta suficiente, están dispuestos a pagar más. Al elevarse el precio, las empresas se animan a incrementar su oferta movidas por la rentabilidad que les reporta este precio mayor. Por ello decimos que un mercado competitivo nos acerca a un eficiente reparto de recursos: porque permite que los recursos escasos de la sociedad se asignen a los usos que los consumidores prefieren.⁴

Sin embargo, en ocasiones el mercado no es capaz de alcanzar asignaciones eficientes de los recursos. Esto puede ocurrir por fallos en el mercado⁵ o por que los agentes desarrollen conductas anticompetitivas⁶ lo que trae consigo la necesidad de la intervención del Estado, esta intervención debe ser diseñada de modo que no distorsione aún más el mercado promoviendo que se minimicen los costes asociados a esta intervención y no se suplanten los mecanismos del mercado. La intervención del Estado depende de la distorsión a la que se refiera. Puede ser *ex-ante*, mediante la regulación, en caso de los fallos de los mercados; o puede ser *ex-post*, mediante las políticas de la competencia sobre las conductas distorsionadoras de los agentes.

Se podría decir que es paradójico que la administración pública actúe en el espacio que históricamente le ha sido más ajeno, ya que la idea de libertad de competencia se contrapone naturalmente a la de intervención pública, sin embargo esta paradoja no encierra originariamente contradicción alguna. Bien mirado, la irrupción de lo público en el derecho de la competencia persigue únicamente hacer factible la misma posibilidad de lucha competitiva entre los particulares. Por lo que el fin de la legislación y de los órganos

⁴ GUTIERRES I, Ob. Cit., Pág. 2

⁵ Fallos en el Mercado se refiere a situaciones en las que el mecanismo de precios no puede reflejar adecuadamente las decisiones de los oferentes y demandantes y no conduce por tanto a una asignación eficiente de recursos. Se pueden identificar entre estos a los bienes públicos, las externalidades o los problemas de información asimétrica. Estas categorías se encuentran ampliamente estudiadas en GARCÍA VIÑUELA, E.: “*Teoría del gasto público*”, Ed. Minerva 2ª edición, Madrid 2007. Basta decir que los fallos del mercado derivan de las propias características de los productos y de su proceso productivo. Se suele incluir al monopolio natural.

⁶ Cuando son los propios agentes quienes distorsionan el funcionamiento del mercado ya sea de forma unilateral o conjunta. Se refiere a la influencia en la cantidad de output del mercado y en la relación calidad precio de producto para obtener de manera anticompetitiva una rentabilidad extraordinaria en detrimento de otros competidores y del bienestar del consumidor.

creados para aplicarla es exclusivamente impedir que las dinámicas de las fuerzas del mercado arruinen o restrinjan la competencia.⁷

Así pues la defensa de la competencia constituye un límite permanente y en gran medida configurador del mercado. Un límite que, una vez establecido por Ley – en aplicación del artículo 38 CE – opera globalmente sobre todos los sectores económicos.⁸

2. La defensa de la competencia en los procedimientos especiales de contratación

La defensa de la competencia por la importancia que significa para el correcto funcionamiento del mercado y como elemento unificador del mismo ha sido uno de los principales instrumentos de los que se ha valido la Comunidad Europea, ahora Unión Europea para la consecución del Mercado Común, ahora Mercado Único.

Su aplicación en el área de la contratación pública no se hizo esperar, llegando a influir de manera determinante en ella, principalmente en el diseño de los procedimientos de contratación pública.

En ese sentido, para la correcta aplicación de la normativa sobre contratación pública y considerando la importancia económica que estas contrataciones manifiestan en el mercado, el organismo del Estado español encargado de velar por la promoción y la defensa de la competencia, la Comisión Nacional de Competencia, en el año 2010 publica la Guía de Contratación Pública y Competencia donde se recoge una serie de recomendaciones con el fin de orientar a las diversas entidades del sector público sobre *la aplicación más acertada de la normativa, de forma que, dentro de las posibilidades que brinda dicha normativa, se puedan identificar y seleccionar las opciones más favorecedoras de la competencia.*

⁷BAÑO LEÓN, J.M.: “Potestades administrativas y garantía de las empresas en el derecho español de la competencia” Ed. McGraw Hill, Madrid 1996, Pág. 4

⁸SORIANO GARCÍA, J, Ob. Cit. Pág. 20

Dentro de ese documento se señalan principalmente dos aspectos sobre los cuales versará toda la guía: pautas para que en el diseño, desarrollo y ejecución de procedimientos de contratación no se introduzcan restricciones injustificadas a la competencia, y por otro, proporciona orientaciones para prevenir o evitar actuaciones colusorias por parte de los licitadores.

Pues bien dentro del primer aspecto se señalan las recomendaciones para seleccionar el procedimiento más favorecedor a la libre competencia. Con esta única premisa la CNC ya afirma que existen procedimientos de contratación menos favorecedores a la libre competencia.

El presente trabajo se desarrolla en el ámbito de la defensa de la competencia en los contratos públicos y tiene como objeto de estudio analizar. ¿Qué tan favorecedores son los procedimientos especiales de contratación pública a los principios recogidos en el TRLCSP que velan por la defensa de la competencia?

El análisis teórico que realicemos nos permite plasmar cuales son las tendencias a favor de la defensa de la competencia por los distintos procedimientos de contratación pública

3. Objeto e hipótesis del trabajo

Como vamos a demostrar, el uso excesivo de los procedimientos especiales de contratación lesiona la competencia.

Para llevar a cabo este análisis práctico se pensó primeramente en analizar el uso de los procedimientos especiales en todos los ayuntamientos que se enmarcaban en la Comunidad Autónoma de Madrid, por lo que se sistematizo la información de acuerdo a los siguientes criterios:

- Por el ordenamiento territorial de España, podemos indicar que los ayuntamientos no se encuentran suscritos bajo una Comunidad Autónoma, sin embargo por la delimitación territorial si podemos clasificar que los ayuntamientos se ubican dentro

de los límites de alguno de ellos. Por lo que utilizaremos el criterio de la delimitación territorial para centrar nuestra observación solo a los ayuntamientos que se encuentren, en los límites de la Comunidad Autónoma de Madrid.

- En primer lugar se pensó como criterio discriminador entre los ayuntamientos los presupuestos relevantes y no relevantes con el que contaba cada ayuntamiento, sin embargo la mayoría no contaba con dicha información en los portales webs. Se optó por el criterio demográfico que es directamente proporcional al presupuestario tomándose como referencia la cifra mínima fijada en el artículo 26 de Ley de Bases de Régimen Local, la cual determina la cifra de 5000 habitantes. Así en el anexo podemos observar en el cuadro N°1 la relación de los 79 ayuntamientos que cumplen con este criterio
- Para conocer cuál es la frecuencia de uso de los procedimientos especiales de contratación en los ayuntamientos relevantes para el estudio consultamos en primer lugar la plataforma de contrataciones del Estado <http://contrataciondelestado.es/> en la cual solo encontramos once entidades locales suscritas dentro de la provincia de Madrid.(Cuadro N° 2)
- Ante la falta de información consignada en la página oficial del Estado, recurrimos a la buscar la información sobre los procedimientos de contratación en los portales de internet de los propios ayuntamientos, lo que el artículo 53 del TRLCSP denomina “Perfil del Contratante”. En esta búsqueda detectamos que de los 79 ayuntamientos seleccionados 77 contaban con el espacio denominado “Perfil del Contratante”, pero que solo 61 tenían información de por lo menos un procedimiento llevado a cabo. (Cuadro N° 2)

Total de ayuntamientos de la Comunidad Autónoma de Madrid	179
Ayuntamientos con población superior a los 5000 habitantes	79
Ayuntamientos en la plataforma del Estado*	6
Ayuntamientos con espacio web “perfil del contratante”	77
Ayuntamientos con información en el perfil del contratante	61
Ayuntamientos con motores de búsqueda por procedimientos**	10

Cuadro 2: Resumen de la información obtenida de la observación de los ayuntamientos

* En la Plataforma de Contrataciones del Estado figuran 11 ayuntamientos de Madrid, de los cuales solo seis corresponden a los 79 ayuntamientos seleccionados.

** Los ayuntamientos San Agustín de Guadalix y San Lorenzo de el Escorial tienen la información en la Plataforma de Contrataciones del Estado.

- Una vez claro nuestro espacio de búsqueda nos centramos solo en aquellos que nos permiten conocer la frecuencia de uso de los procedimientos especiales de contratación a través de motores de búsqueda adecuados. (Cuadro N° 3)
- Nuestro límite temporal de búsqueda viene definido desde que entro la vigencia de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, ya que mediante ella se introduce al ordenamiento español el procedimiento de dialogo competitivo. Sin embargo pese a que esta norma ya indicaba en su artículo 42 la necesidad de que los entes públicos cuenten con un área destinada a la transparencia y accesos de la información de los contratos adjudicados, la mayoría de los ayuntamientos solo muestran información desde el 2011.(Cuadro N° 3)
- Hemos especificado en el cuadro N° 3 los datos de la búsqueda realizada Cabe señalar que se ha verificado la información en tres oportunidades, señalándose sólo la fecha de la última revisión donde se detectó que en los Ayuntamientos de Arganda del Rey y Madrid en lugar de mantenerse o incrementarse el número de procedimientos, como es lógico, se eliminaron procedimientos negociados sin publicidad.

Ayuntamientos	Página web de donde se obtuvo la información	Última fecha de revisión de datos	Información de la página web
Alcalá de Henares	http://goo.gl/DDZze	12/05/2013	desde de febrero del 2011
Arganda del Rey*	http://goo.gl/t3Wbv	12/05/2013	desde de febrero del 2012
Leganés	http://goo.gl/C9yuo	12/05/2013	desde de julio del 2012
Madrid*	http://xurl.es/hpxz6	12/05/2013	desde de mayo del 2011
Moralzarzal	http://cort.as/3tVa	12/05/2013	desde octubre del 2012
Parla	http://goo.gl/vxh3J	12/05/2013	desde de enero de 2011
Pozuelo de Alarcón	http://goo.gl/SxuKf	12/05/2013	desde de junio de 2012
Rivas Vaciamadrid	http://cort.as/3tW-	12/05/2013	desde de junio de 2011
San Agustín de Guadalix	http://goo.gl/esMM5	12/05/2013	desde de junio del 2012 excepto 2 procedimientos del 2008
San Lorenzo de el Escorial	http://goo.gl/Zzd0L	12/05/2013	desde de junio del 2009

Cuadro N° 3 : Metodología de la recolección de datos de los ayuntamientos seleccionados

La recolección de datos de la frecuencia de uso de los procedimientos en los diez ayuntamientos se plasma en el cuadro N° 4

Ayuntamientos	Total de Procedimientos	Abierto	Restringido	Negociado con publicidad	Negociado sin publicidad	Dialogo competitivo	Otros
Alcalá de Henares	153	124	0	0	29	0	0
Arganda del Rey*	6	6	0	0	0	0	0
Leganés	47	30	0	16	0	0	1
Madrid*	1154	834	0	5	293	0	0
Moralzarzal	20	8	0	7	5	0	0
Parla	109	69	0	0	40	0	0
Pozuelo de Alarcón	48	43	0	4	1	0	0
Rivas Vaciamadrid	122	53	0	20	48	1	0
San Agustín de Guadalix	18	12	0	0	6	0	0
San Lorenzo de el Escorial	77	42	0	7	28	0	0

Cuadro N° 4: Datos sobre la frecuencia de uso de los procedimientos en los ayuntamientos seleccionados

De esta información observamos que sólo el Ayuntamiento de Madrid cuenta con un número de procedimientos relevantes para poder verificar la hipótesis formulada.

4. Metodología

Nuestro trabajo se desarrolla bajo el paradigma⁹ socio crítico, debido a que lo que pretendemos con la investigación es analizar la realidad del uso de los procedimientos especiales de contratación recogidos en el TRLCSP y su aplicación, a fin de identificar el potencial cambio que se pueda llevar a cabo. Por otro lado no estamos disociando la teoría de la práctica, basándonos en un contexto y tiempo determinado.

Nuestra investigación es de tipo experimental, transversal y descriptiva ya que pretendemos comprobar la hipótesis formulada en el uso de los procedimientos en el Ayuntamiento de Madrid durante los años 2010 y 2011, buscando, en el análisis del diseño de los procedimientos especiales de contratación, especificar las características importantes de nuestro objeto de estudio: la defensa de la competencia en los procedimientos de contratación.

El método a utilizar será el teórico-empírico con enfoque histórico, pues realizaremos un recuento de como evolucionaron en su diseño los procedimientos especiales de contratación pública para conocer su en su la tendencia que muestran hacia la defensa de la competencia. Por otro lado, el método empírico lo desarrollamos bajo la observación del uso que se le da a los procedimientos especiales de contratación en el Ayuntamiento de Madrid.

Para el desarrollo del método teórico-histórico, utilizamos principalmente fuentes normativas, apoyándonos también, para la obtención de conocimiento, en definiciones producto de investigaciones que hayan seguido un método cuidadosamente establecido, así como de bibliografía de expertos de reconocido prestigio en el campo de su investigación y de entidades gubernamentales especializadas.

⁹Conjunto de creencias y actitudes. Una visión del mundo compartida por un grupo de científicos que implica explícitamente una metodología determinada. El paradigma como fuente de métodos, problemas y normas de resolución, aceptados por una comunidad de científicos, señala las tesis e hipótesis que deben ser contrastadas y el método y la instrumentación necesarios para la contratación. Es decir cada paradigma tiene una concepción diferente de lo que es la investigación (en el sentido “como se investiga”, “que se investiga”, “para qué sirve la investigación”) los paradigmas de investigación social son: Paradigma positivista – neopositivista, paradigma humanístico- cualitativo y paradigma socio crítico.

El estudio teórico de enfoque histórico lo realizaremos en dos etapas: en la primera de ellas llevaremos a cabo el recuento histórico de los procedimientos especiales de contratación, con el fin de que el estudio nos proporcione la tendencia a la defensa de la competencia que se ha manifestado en el diseño de los procedimientos. En la segunda parte estudiamos cual es el papel de la defensa de la competencia en la Unión Europea y como se materializa en la contratación pública.

A partir de los conceptos y tendencias recopiladas y sistematizadas, podremos especificar las propiedades del fenómeno analizado, en este caso, cuan favorecedor es determinado procedimiento de contratación a la defensa de la competencia.

Por otro lado el método empírico, lo desarrollaremos mediante la observación del uso de los procedimientos especiales de contratación en el Ayuntamiento de Madrid durante los años 2010 y 2011, a través de la información proporcionada en las Memorias de Registro de los Contratos de los años mencionados. La confiabilidad de la información está basada en que la obtendremos del propio ayuntamiento.¹⁰

Si bien es cierto la observación del uso de procedimientos especiales de contratación ha develado una lista considerable de temas a investigar, tales como el acceso a la información de procedimientos formalizados, el cumplimiento de los ayuntamientos de la normativa en materia de contratos públicos, o la falta de sistematización de la información en la plataforma del Estado, nuestro trabajo únicamente se desarrollará en comprobar si el uso frecuente de los procedimientos especiales de contratación lesiona la competencia.

¹⁰ El Reglamento de Organización y Funcionamiento del Registro de contratos del Ayuntamiento de Madrid fue recientemente modificado, publicado en el BOCM Núm. 107 del martes 7 de mayo de 2013. Sus principales modificaciones son la su ámbito de actuación, así como al tipo de contratos a inscribir, ya que con la excepción de los contratos menores serán objeto de inscripción no solo los contratos celebrados por la Administración Pública del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos, tanto administrativos como privados siempre que estén sujetos al texto refundido, sino también los contratos privados celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público municipal a los que, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la citada norma, les sea de aplicación esta Ley.

Nuestro trabajo de investigación: “La defensa de la competencia en los contratos públicos” plantea demostrar la siguiente hipótesis: El uso excesivo de los procedimientos especiales de contratación pública lesiona la libre competencia

Con este fin hemos delimitado los siguientes variables

1	Diseño Procedimientos especiales de contratación	variable cualitativa /independiente
2	Uso de los procedimientos	variable cuantitativa/ independiente
3	Lesión a la libre competencia	variable cuantitativa / dependiente
Cuadro N° 5: Variables del trabajo de investigación		

La primera variable podemos analizarla utilizando los datos proporcionados por las fuentes normativas y jurisprudenciales. En el primer capítulo desarrollaremos los elementos teóricos necesarios para dar contenido a los aspectos relevantes respecto de los procedimientos especiales de contratación pública para finalmente después de su describir brevemente su actual diseño plasmar los datos que serán necesarios para nuestro estudio.

Los datos de la variable “uso de los procedimientos” serán obtenidos de las fuentes de aplicación a través de las Memorias de Registro de los Contratos 2010 y 2011 del Ayuntamiento de Madrid.

Para analizar estas variables utilizaremos los siguientes indicadores

VARIABLE	SUBVARIABLES	INDICADORES
Procedimientos especiales de contratación: -Restringido -Negociado sin publicidad -Negociado con publicidad -Dialogo competitivo	Días de convocatoria	Número de días
	Licitadores	Número de licitadores
	Medios de difusión	DOUE BOE Diario autonómico, local o provincial Perfil del contratante
	Acceso a la información de los procedimientos finalizados	Internet Diarios Archivos
Uso de los procedimientos en el ayuntamiento de Madrid	Procedimientos en el años 2010 y 2011	Número de veces utilizado
	Procedimientos en el año 2010 y 2011	Monto económico ejecutado
Cuadro N° 6: Variables e indicadores del trabajo de investigación.		

Finalmente la para determinar dotar de contenido la lesión de la competencia utilizaremos debemos crear un vínculos que nos permita relacionar nuestra variables con la defensa de la competencia. Para este fin en el segundo capítulo de nuestro trabajo explicaremos como los principios de la contratación pública se constituyen como garantes de la defensa de la competencia a través de fuentes jurisprudenciales del Tribunal De Justicia de la Unión Europea

Indicador	Principios	Relación
Número de días de convocatoria	Publicidad	A mayor número de días mayor protección del principio de publicidad en el procedimiento
Número mínimo de licitadores	Concurrencia	A mayor número mínimo de licitadores mayor protección del principio de concurrencia
Difusión del Medio publicidad (Medio de difusión)	Publicidad	A mayor capacidad de difusión del medio utilizado mayor protección al principio de publicidad
	Transparencia	A mayor capacidad de difusión del medio utilizado, mayor protección al principio de transparencia.
Acceso a la información durante el procedimiento	Igualdad de trato	*
	Transparencia	*
Acceso a la información de los procedimientos finalizados	Transparencia	A mayor posibilidad de acceso a la información de procedimientos finalizados, mayor protección al principio de transparencia

Cuadro N° 7: Relación entre indicador y principios de contratación pública para el análisis de los procedimientos

* Mencionamos esta variable debido a que es un elemento a tomar en cuenta sin embargo debemos mencionar que no podemos analizar el respeto al principio de igualdad de trato ya que para construir la variable “acceso de información durante el procedimiento” necesitaríamos tener acceso a datos que reflejen el proceder del órgano de contratación frente a los licitadores durante el procedimiento. Actualmente contamos con los recursos necesarios que nos permitan acceder a dichos datos.

Una vez concluido el tratamiento de todas las fuentes en el capítulo tercero plasmaremos los resultados del análisis de manera que nos permita afirmar si efectivamente se produce a

través del uso excesivo de los procedimientos especiales de contratación pública la lesión a la libre competencia

Es importante poner énfasis en que el análisis de las fuentes de aplicación nos servirá para contrastar el análisis de las fuentes normativas jurisprudenciales con la el uso actual que se hace de los procedimientos especiales de contratación y si responden al respeto delos principio de igualdad de trato, no discriminación, publicidad y transparencia

Por tanto para el análisis de los procedimientos del Ayuntamiento de Madrid llevados a cabo el 2010 y 2011 deberíamos contar con los siguientes datos

- Número de contratos llevados a cabo vía cada procedimiento
- El medio por el cual se publicita el procedimiento especial:
- Número de licitadores presentados en los procedimientos
- Monto económico global de los procedimientos,

Sin embargo solo será posible obtener el número de contratos llevados a cabo vía cada procedimiento y el monto total ejecutado vía cada procedimiento. Esto debido a que en el ayuntamiento de Madrid durante el periodo de nuestro estudio solo se han llevado a cado procedimientos negociados y abiertos. Y del número total de procedimientos negociados, ninguno se ha llevado a cabo con publicidad, por lo que todos se han publicado únicamente en el perfil del contratante. Por otro lado respecto al número de licitadores, esta información no se encuentra disponible en las herramientas informáticas consultadas.

Será importante el estudio del monto total ejecutado vía procedimiento negociado a fin de conocer si este es significativo para lesionar el mercado.

5. Importancia y objetivos del trabajo de investigación

La importancia económica de los bienes y servicios destinados al sector público y, por tanto, el impacto que puede ejercer la liberalización de la concentración pública a la hora de

la adjudicación de los mismos se pone claramente de relieve como indica A. MATTERA¹¹, si se atiende, en primer término, a que estos bienes y servicios representan, una parte nada desdeñable y siempre creciente del consumo global de la comunidad. En segundo lugar, a que alguno de los sectores de producción afectados ocupan una posición estratégica de primer orden para potenciar una política industrial y tecnológica íntegramente comunitaria.

Considerando que el poder adjudicador del Estado representa tales características de importancia en el desarrollo de la economía, la defensa de la competencia no puede ser menos importante de aplicar en las operaciones económicas del sector público que en el resto de ámbitos económicos donde ella se aplique.

En ese sentido, los procedimientos especiales de contratación son la concentración ordenada, sistematizada y reglada de la conducta que emprenderá el sector público en el mercado, es de indiscutible importancia conocer cuál es la tendencia que expresa su diseño.

Por tanto el presente trabajo tiene como objetivo el reconocimiento de la afectación a la defensa de la competencia en el uso de los procedimientos especiales de contratación, para a partir de ella identificar los potenciales cambios a su aplicación institucional actual.

¹¹Mattera.A: “*El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento*”. Ed. Civitas, Primera edición Madrid, 1991, pág. 385.

CAPITULO I: Procedimientos especiales de contratación pública

El TRLCSP recoge las normas bajo las cuales el sector público¹² contratará con uno o varios licitadores suministros, servicios, obras o proyectos cuando su valor sea superior al margen fijado por Ley. La tramitación de los expedientes puede ser por vía de tramitación ordinaria, o por vía abreviada cuando el caso así lo amerita¹³. Pues bien la actuación del Sector público se pueden llevar a cabo a través de los procedimientos que son dirigidas materialmente por funcionarios y cuando se requiera también por expertos a través de los procedimientos de contratación. O también se pueden llevarse a cabo usando los nuevos métodos de racionalización técnica mediante acuerdos marco, sistemas dinámicos de contratación o centrales de contratación.

En menester detenernos a puntualizar ciertos tópicos que han sido modificados recientemente en la normativa comunitaria, con repercusión en la legislación nacional española, los cuales serán necesarios para el correcto entendimiento del posterior análisis. Sobre el carácter subjetivo del TRLCSP debemos indicar que, desde la Directiva 18/2004 se indica que las personas jurídicas que tienen consideración de “poder adjudicador” están sometidas a la aplicación de las normas comunitarias en materia de contratación pública. No es determinante para ser considerado poder adjudicador la forma pública o privada de la personificación, ni su régimen jurídico. El factor determinante del régimen de selección de contratistas no es si estos están sujetos o investidos o no de las prerrogativas exorbitantes que caracterizan al Derecho Administrativo, sino la actividad que materialmente desarrollan los poderes adjudicadores u Organismos de Derecho Público lo relevante es

¹²En la norma se clasifica al sector público entre Administraciones Públicas, entes que no tienen carácter de Administraciones Públicas y otros entes del Sector Público.

¹³ La tramitación abreviada se encuentra recogida en el Libro II, título I, Capítulo I, Sección 1, subsección 2, en los artículos 112 y 113. La tramitación abreviada puede ser a través de la tramitación urgente del expediente en caso de *una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público*, y la tramitación de emergencia que se lleva a cabo en caso de *la administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten la defensa nacional*.

determinar si esa actividad está dentro o fuera del mercado competitivo, por estar vinculada a la satisfacción de necesidades de interés general.¹⁴

Pues bien bajo ciertos criterios descritos en la jurisprudencia el TRLCSP ha clasificados al sector público en Administraciones Públicas, entes que no tienen carácter de Administraciones Públicas y otros entes del Sector Público; cuando analicemos los indicadores mencionados en el marco metodológico, tomaremos en cuenta esta clasificación mencionada.

Otro aspecto relevante es la diferenciación que la norma plantea en el diseño para los contratos sujetos a regulación armonizada (SARA). Estos contratos están sometidos en su regulación a la normativa de derecho comunitario sobre contratos públicos¹⁵ no hay un criterio único que sirva para identificar con claridad y precisión cuales son los contratos sometidos a esta regulación, sin embargo se enumeran como factores relevantes: a) que un poder adjudicador sea parte del contrato, b) el valor económico de las prestaciones que son objeto del contrato; y c) el objeto del contrato.¹⁶ Se precisan en listados de anexos. Estos contratos deben tener una relevancia económica, es por eso que en la misma Directiva 18/2004 se aprobaron umbrales mínimos para su definición, estos umbrales han sido modificados en el año 2009 y 2011¹⁷ siendo los actuales límites los siguientes.

¹⁴ BLANKER, D: “La nueva ley de contratos del Sector Público”, Ed. Tirant To Blanch, Valencia 2007, pág. 37 y ss.

¹⁵ COSCULLUELA MONTANER, L.: “Derecho público Económico”. Ed. Iustel, Tercera edición, Madrid 2009. Pág. 177

¹⁶ BLANKER, D: “La nueva ley de contratos...” Ob. Cit. Pág. 90

¹⁷ El Diario Oficial de la Unión Europea núm. L 319, de fecha 2 de diciembre de 2011, del Reglamento (UE) número 1251/2011 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2011, modifica las Directivas 2004/17/CE, 2004/18/CE y 2009/81/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos. La trasposición de este reglamento comunitario en España se ha plasmado en la Orden EHA/3479/2011, de 19 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2012.

Cuadro N° 8: Contratos sujetos a regulación armonizada	
Tipo contractual	Cuantía igual o superior a:
Obras	5.000.000 euros
Concesión de obras públicas	5.000.000 euros
Suministro	200.000 euros ⁽¹⁾
	130.000 euros ⁽²⁾
Servicios (categorías 1 a 16 del Anexo II)	211.000 euros ⁽¹⁾
	130.000 euros ⁽²⁾
Colaboración entre el sector público y el sector privado	cualquier cuantía
⁽¹⁾ Organismos o entidades del sector público distintos a la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos o las Entidades Gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social. Art. 15.1 b) Art. 16.1 b) ⁽²⁾ Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos o las Entidades Gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social. Art. 15.1 a) Art. 16.1 a)	

Estos contratos sujetos a regulación armonizada, como hemos mencionado presentan un diseño mucho proteccionista a los principios transparencia, publicidad, concurrencia e igualdad esto claramente porque se pretende dar un régimen de la competencia mucho más reforzado a aquellos contratos que involucran afectaciones económicas importantes al mercado. Esto podremos observarlo con mayor claridad en el análisis de los indicadores medios de difusión para analizar el principio de publicidad.

Ahora bien, la normativa materia de contratación pública permite que los poderes adjudicadores actúen por medio de los procedimientos abierto restringido negociado y de dialogo competitivo. Y es justamente en esta actuación en donde podemos observar con mayor claridad la actuación cotidiana del sector público en el mercado, como un consumidor y por tanto es en las reglas de los procedimientos de contratación en los cuales debe traslucirse la conducta competitiva del Sector público. Estas reglas de actuación se encuentran regidas por los principios de contratación que son la principal herramienta para la defensa de la competencia en la contratación pública.

El TRLCSP recoge cuatro procedimientos de contratación los cuales nosotros dividiremos en dos categorías: el procedimiento ordinario y los procedimientos especiales. El procedimiento ordinario es el procedimiento abierto y lo enmarcamos en esta categoría por que la norma no exige ningún requisito para que un contrato se lleve a cabo por este procedimiento. Se constituye como el procedimiento modelo para la administración donde a decir de la CNC¹⁸ es el *procedimiento más favorecedor de la concurrencia por ser más respetuoso con el principio de igualdad entre los licitadores*. Se constituyen dentro de los procedimientos especiales de contratación el procedimiento restringido, el negociado y de dialogo competitivo. Y los hemos enmarcado en esta categoría debido a que cada uno de ellos podrá aplicarse solo bajo ciertos supuestos recogidos por la norma.

Durante este epígrafe estudiaremos cuales han sido las principales influencias de cada uno de estos procedimientos para luego, en base a las distintas reglas de actuación con las que se configuran actualmente, analizar la tendencia de respeto a los principios de la contratación pública y por ende de defensa de la competencia

1. Principales influencias normativas al Derecho de la contratación pública española

a) Normas nacionales.

El antecedente español más antiguo es Real Decreto de 10 de octubre de 1845 sobre Instrucciones de obras Públicas y la Real Orden de 16 de abril de 1846¹⁹. Sin embargo respecto a los procedimientos de la contratación pública es de vital importancia detenernos en el Estudio del **Real decreto de 27 de febrero de 1852 de Bravo Murillo** que iniciaba su redacción así: *"Señora (refiriéndose a la Reina Isabel II): Autorizado competentemente por V.M., previo acuerdo del Consejo de Ministros, presentó el de Hacienda a las Cortes en 29 de diciembre de 1850 un proyecto de ley de contratos sobre servicios públicos, con el*

¹⁸Véase Guía sobre Contratación Pública y Competencia, Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, febrero 2011.

¹⁹CARBONERO GALLARDO, J.: "La adjudicación de los contratos administrativos: origen evolución y sistema actual", Ed. Universidad de Granada, Granada 2010. ofrece un escurpulozo análisis de los inicios de la contratación pública desde Roma.

fin de establecer ciertas trabas saludables, evitando los abusos fáciles de cometer en una materia de peligrosos estímulos, y de garantizar la Administración contra los tiros de la maledicencia..."²⁰

La importancia de este Real Decreto radica no solo en que es el punto de partida para la contratación pública en España, sino que además demuestra que esta nace a fin de evitar los mismo males que hasta hoy aquejan a la contratación pública: la corrupción y la colusión de licitadores, las cuales afectan a la libre competencia (dañando de este modo al mercado) y lesionando la correcto funcionamiento de la administración pública; así otros autores indican que los párrafos (del Real Decreto) se refieren a la confabulación de los licitadores (practica colusoria) como uno de los objetivos que la norma quiere prevenir. Objetivo que se complementa con otro: evitar lo que hoy llamamos “bajas temerarias” que producen a la larga la frustración del contrato, o lo que es peor, la defraudación de la libre competencia: la Administración y el contratista pactan a través de modificaciones del contrato condiciones que subvierten la licitación originaria.²¹

El profesor Muñoz Machado resume el contenido del Real Decreto de 1852 bajo dos principios, el de competencia y de publicidad. Haciendo referencia que el primero se refiere a los contratos de “servicios y obras públicas”, cuya adjudicación se somete a los “principios de publicidad (remate público y solemne) y competencia (subasta)”. Puntualizando que la noción de servicio público se entiende en el sentido más amplio y comprende una gran variedad de contratos que se usan para la gestión de servicios y adquisición de bienes de cualquier clase. Por otro lado respecto al principio de publicidad lo que preocupa fundamentalmente a la nueva norma es la moralidad y la mayor transparencia en los procedimientos de adjudicación de los contratos.

²⁰Tomado del texto original del Real decreto de 27 de febrero de 1852.

²¹BAÑO LEÓN, J.M.: «La Defensa de la competencia en los contratos públicos» en Jornadas Nacionales de Defensa de la competencia, “Crisis económica y política de la competencia Valencia, 18-19 junio de 2009; Ed. Librería Tirant lo Blanch, Valencia 2009.Pág. 228.

Con este objetivo se generaliza el principio de publicidad, imponiendo que se convoque a los contratistas en boletines oficiales correspondientes a cada administración pública, y se establecen diversas fórmulas de la época (la subasta inglesa que se lleva a cabo mediante licitación al alza o la holandesa que se utiliza la licitación a la baja), el Real decreto se inclina por el modelo francés que es el de licitación secreta las proposiciones se presentan por escrito en sobres cerrados y no se admite pujas entre los concurrentes (salvo caso de empate) sin que la administración especule y trate de obtener ganancias indebidas. Como decía el preámbulo del Real Decreto que comentamos, lo que la administración debía hacer es *“averiguar el precio real de la cosas y pagar por ello lo que sea justo y a esto conduce el sistema de pliegos cerrados”*.²²

Estos principios sumados al hecho que en el resto de países europeos, durante el siglo XIX y gran parte del XX, la contratación pública se someta a las reglas del derecho civil, de modo que no existe un control público y mucho menos jurisdiccional en la fase preparatoria del contrato²³, conduce a la conclusión que en España a diferencia de otros países si se encontraba desde sus inicios ligado el derecho de la competencia a las contrataciones públicas.

Ahora bien, si en el origen la contratación pública responde a la idea que existe una competencia efectiva entre los licitadores, en la práctica gran parte de la contratación pública vive al margen de la competencia incluso en los países como Francia y España, donde existe, como se ha indicado, un procedimiento formalizado público y la figura del contrato administrativo se distingue del contrato privado de la administración.²⁴ Esta situación se refuerza por la aprobación de textos normativos²⁵ que no impulsan debidamente los principios propuestos en el Real Decreto de 1852.

²²MUÑOZ MACHADO, Santiago: *“Tratado de Derecho administrativo y derecho público general”*, Ed. Iustel, Tomo I, Tercera edición, Madrid 2011. Pág. 275

²³BAÑO LEÓN, José María, *“La Defensa de la competencia...”* Ob. Cit. Pág. 229.

²⁴Ibidem. Pág. 230

²⁵Se dictaron otras disposiciones de igual rango durante el siglo XIX, hasta que en 1911 se promulgó la Ley de Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911, en cuyo capítulo V se trataba la Contratación del Estado. En estos tiempos la única forma de adjudicación de los contratos públicos era la SUBASTA, es decir, a la

Además de las restricciones a las empresas extranjeras mediante la aplicación del principio de reciprocidad y delegaciones permanentes, hay otros medios que se utilizaron para conseguir que determinados contratos públicos queden al margen de la libre competencia:

- El contrato administrativo es el que celebra la administración y un particular en los supuestos fijados por ley. Donde, por un lado, quedan excluidos los contratos que celebre la administración con personalidad privada (por ejemplo si la Administración actúa mediante una sociedad) y además quedan excluidos todos los contratos que la ley diga que no son administrativos. Por ejemplo, la Ley de Contratos de 1965 excluía los convenios que la administración celebraba con un particular, bastaba denominar a un acuerdo convenio administrativo para eludir la contratación pública.
- Las derogaciones que la propia ley hace al principio de libre competencia, por ejemplo eludiéndola mediante declaración discrecional de urgencia o permitiendo con gran generosidad los supuestos de contratación directa sin previa licitación pública por razones tan ambiguas como el interés público²⁶

Sin embargo la incorporación de España a las Comunidades Europeas mediante el **Acta de Adhesión de 12 de junio de 1985**, significó un paso importante para la evolución de la contratación pública. En este punto las comunidades europeas, bajo el objetivo de la concreción del Mercado Común, habían aprobado normativa comunitaria en este ámbito que recogía los principios de la libre competencia.

proposición más económica, sin atender a otras consideraciones, como la calidad. No se trataba, pues, de comprar lo mejor sino lo más "barato". Estas disposiciones estuvieron vigentes, aunque con ciertas intermitencias, hasta la Ley de Bases de Contratación del Estado de 1963 y su texto articulado de 1965, finalizándose la regulación de esta materia con la promulgación del Reglamento de Contratación del Estado en 1967. La Ley 5/1973, de 17 marzo, modificó parcialmente la Ley de Contratos del Estado, introduciendo determinados cambios e innovaciones en la normativa de este texto legal que hizo necesario incorporar consecuentes modificaciones en el Reglamento del 67, actualizando, mediante el nuevo Reglamento de 1975, numerosos preceptos de este cuerpo legal recopilando los perfeccionamientos aconsejados por la experiencia hasta entonces recogida, razón por la cual, tal y como se justificaba en el preámbulo del Decreto 3410/1975, se hizo necesario aprobar una nueva versión completa del Reglamento General de Contratación del Estado.

²⁶BAÑO LEÓN, José María, "*La Defensa de la competencia...*" Ob. Cit. Págs. 230 y 231

Es importante señalar que el Derecho Europeo ha impuesto un estatus mínimo de carácter público a la celebración de los contratos gubernamentales, independientemente que estos se rijan en sus efectos y extinción por el Derecho Público o Privado.²⁷ Esto con el claro objetivo de no imponer una concepción (privada o pública) sobre otra.

En síntesis, las normas nacionales españolas en materia de contratación pública nacen íntimamente relacionadas al derecho de la competencia, lo que hace que los procedimientos de contratación que se diseñan en sus inicios respondan a principios de concurrencia y publicidad; sin embargo la evolución normativa crea procedimientos con un gran número de supuestos donde la protección de estos principios es mínima. Situación que cambia radicalmente con la firma del Acta de Adhesión de 1985.

b) Normativa internacional

Si bien es cierto el Derecho Europeo es quien ha tenido mayor influencia sobre la evolución de la contratación pública española²⁸, es menester mencionar, sucesos internacionales importantes que desembocaron en acuerdos que influenciaron a las políticas de comercio internacional y por tanto influenciaron directamente a la consolidación de ciertos procedimientos especiales de contratación pública en los Estados involucrados.

Uno de estos sucesos internacionales importantes se da en el marco de la creación de la Organización Mundial del Comercio, la cual tiene como antecedente el Acuerdo General sobre las Tarifas y el Comercio, conocido por sus siglas en inglés como GATT²⁹, el cual tuvo vigencia desde 1948 hasta 1995 cuando por fin tuvo lugar el nacimiento de la Organización Mundial del Comercio. La secretaría general del GATT, con sede en Ginebra,

²⁷BAÑO LEÓN, José María, *“La Defensa de la competencia en los contratos públicos”* en Jornadas Nacionales de Defensa de la competencia, “Crisis económica y política de la competencia Valencia, 18-19 junio de 2009; coordinación, Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana Ed. Librería Tirant lo Blanch, Valencia 2009, Pág. 232.

²⁸ Véase al respecto diversos autores como Muñoz Machado, Gimeno Feliu, Moreno Molina, Baño León

²⁹GATT: General agreement on Tariffs and trade.

convocó una serie de rondas de negociaciones que permitieron acuerdos "plurilaterales", es decir, de participación voluntaria, que condujeron a importantes reducciones arancelarias.

Desde 1947 hasta 1986 tuvieron lugar 8 rondas del GATT³⁰. Las primeras rondas se concentraron en continuar el proceso de reducción de los aranceles. Luego, a mediados del decenio de 1960, de la Ronda Kennedy surgió un Acuerdo Antidumping y una sección sobre el desarrollo. En 1970 tuvo lugar La Ronda de Tokio, aquí se trató el tema de las barreras no arancelarias y se acordó la extensión del ámbito de aplicación de los principios de contratación pública a los contratos de suministros de la Administración Central del Estado.³¹ Entre 1986 y 1994 en Punta del Este se llevó a cabo la octava y última ronda del GATT. Esta ronda fue la más importante y dio lugar a la creación de la Organización Mundial de Comercio³²

El acuerdo sobre compras del Sector Público del GATT fue firmado en 1979, entro en vigor el 1 de enero de 1981 y revisado en las negociaciones de la ronda de Uruguay que dieron lugar a un nuevo Acuerdo de Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio y la Ley Modelo de contratación pública de bienes obras y servicios de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional.

El objetivo de este acuerdo es el de establecer un marco multilateral con respecto a los derechos y obligaciones en materia de contrataciones públicas con el fin de conseguir una liberalización e internacionalización de este mercado.³³ Es decir regular el comercio internacional bajo la luz de una serie de principios que fácilmente podemos asociar a los de la contratación pública actual: no discriminación entre países según el origen de las

³⁰Desde aquella fecha se han negociado ocho rondas de revisión y actualización del GATT: Ginebra, 1948; Annecy, 1949; Torquay, 1950-1951; Ginebra, 1955-1956; Dillon, 1969-1961; Kennedy, 1964-1967; Tokio, 1973-1979; Uruguay, 1986-1994.

³¹GIMENO FELIÚ, J.: "El control de la contratación pública. Las normas comunitarias y su adaptación en España", Ed. Aranzadi, Madrid 1995. pág.34

³²Sobre el tema se puede consultar OJEDA MARÍN, A.: «La Comunidad Europea y el GATT en el moderno sistema de contratación pública» Revista de Administración Pública, núm. 116. Mayo-agosto 1998.pág. 413.

³³GIMENO FELIÚ, J.M., El control de la contratación pública (Las normas comunitarias y su adaptación en España), Madrid 1995, pág. 35

mercancías; trato nacional (no distinción entre productos nacionales y extranjeros tras la importación); transparencia (publicidad de todas las normas del comercio exterior).

Como se ha mencionado el GATT ha dado lugar a un nuevo un nuevo **Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP)** el cual gira en torno a tales principios básicos. No entrando aquí al detalle de sus preceptos, sí queremos destacar que el ACP contiene numerosas previsiones de procedimiento para garantizar la transparencia de las compras gubernamentales.

Respecto a los procedimientos a utilizar, el ACP contempla tres posibilidades: licitación pública (artículo VII, párrafo 3, apartado a); licitación selectiva (artículo VII, párrafo 3, apartado b, y artículo X), en la que pueden participar los proveedores que reúnen las calificaciones necesarias y sean invitados; y licitación restringida (artículo VII, párrafo 3, apartado c), en la que la entidad negocia directamente con determinados proveedores, pero sólo en los casos descritos por el propio ACP (artículo XV).

Todos los Estados que forman parte del Acuerdo³⁴ se comprometen a invitar a licitar al mayor número de proveedores nacionales. Los plazos que establezcan para la licitación han de ser suficientes para que todos los proveedores (tanto nacionales como no nacionales) puedan preparar y presentar sus ofertas (artículo XI); concretamente, y como regla general, en las licitaciones públicas y selectivas el plazo para la recepción de ofertas no será inferior a 40 días a contar desde la fecha de publicación del anuncio.

La principal consecuencia del ACP, es la obligación de la Unión Europea de abrir a la concurrencia internacional la adjudicación de sus contratos públicos, y para ellos, introducir las necesarias modificaciones en las normas legales comunitarias que regulen la materia, puesto que el acuerdo extiende su ámbito de aplicación no solo a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, sino igualmente a los celebrados por las entidades

³⁴ Todos los países de la Unión Europea son parte del Acuerdo de contratación pública.

públicas y empresas públicas y privadas que operen en los sectores del agua , la energía , los transportes y las telecomunicaciones. Se ha producido así una ampliación de las reglas de contratación pública que han alcanzado una dimensión mundial (si bien no hay en ciertas ocasiones una leal reciprocidad).³⁵

Otro instrumento elaborado en el marco del acuerdo GATT fue **la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública de bienes, obras y servicios**, en 1993 la cual en su redacción original solo contemplaba bienes y obras, pero fue ampliada un año más tarde para dar cabida a los servicios.

Esta Ley Modelo es importante para nuestro estudio, debido a que dedica atención a los denominados por ella Métodos de Contratación. En la misma los métodos son varios para permitir la adaptación a diversas circunstancias. El método normal contemplado para la contratación de bienes o de obras es la licitación³⁶, la cual tiene como características (i) la convocatoria no restrictiva de proveedores y contratistas, (ii) revelación completa y anticipada a éstos de los criterios que se aplicarán para la valoración y comparación de ofertas y para la selección de la oferta ganadora; (iii) la estricta prohibición de negociación con los proveedores o contratistas; y (iv) la apertura pública de las ofertas.

Para la contratación de servicios, la Ley Modelo contempla un denominado “Método principal para la contratación pública de servicios”, en el que la entidad adjudicadora puede tener en consideración, además del precio, otros elementos como la idoneidad, experiencia, reputación, fiabilidad y competencia profesional y empresarial del proveedor o contratista, o incluso consideraciones de seguridad y defensa nacional (artículo 39).

Pero la Ley Modelo admite también algunas variantes de la licitación. En primer lugar, regula la denominada “licitación restringida” (y cuya única diferencia sobre la licitación

³⁵ GIMENO FELIU, J.M., *El control de la contratación... Ob. Cit. pág. 35*

³⁶ Lo que hoy denominaríamos procedimiento abierto.

ordinaria es la posibilidad de limitar el número de empresarios convocados), utilizable en dos supuestos excepcionales: el de la adquisición de bienes, obras o servicios que por su complejidad o especialidad sólo puedan ofrecerse por un número limitado de proveedores o contratistas; y el de aquellos otros productos cuyo escaso valor aconseje la restricción el número de ofertas a evaluar (artículo 47).

La segunda variante es la de la licitación en dos etapas (artículo 46), utilizable sólo en los casos en que la entidad adjudicadora no pueda determinar inicialmente las características del objeto a contratar. Según esta fórmula, en la primera etapa se solicitan las propuestas relativas a las características técnicas del objeto contractual, y sobre esa base concretada por la entidad adjudicadora, ésta convoca una segunda etapa de licitación ordinaria.

Hay también dos métodos que permiten la negociación de la entidad adjudicadora con los proveedores o contratistas. Reciben el nombre de “solicitud de propuestas” (artículo 48) y negociación competitiva (artículo 49).

A modo de conclusión, la aplicación uniforme del régimen de la contratación pública (europea) no solo afecta a países comunitarios dado que tras el acuerdo del GATT, se ha extendido todos los países integrantes de la Organización Mundial del Comercio³⁷, por lo que la aplicación de los principios de una contratación pública internacional se basa en la libre competencia sin discriminación por nacionalidad.³⁸ Del mismo modo, podemos afirmar que los procedimientos especiales de contratación que estudiamos, procedimiento restringido, negociado y de dialogo competitivo, encuentran fundamento en intenciones internacionales de fortalecer la economía mundial y que han sido plenamente acogidos por el Derecho Europeo.

³⁷Mediante el acuerdo de Marraquech de 13 de abril de 1994.

³⁸GIMENO FELIU, J.M., *El control de...* Ob. Cit. pág.34

c) Influencia del Derecho Europeo

Los procedimientos especiales de contratación pública en España, sólo pueden ser correctamente entendidos, como bien recuerda Piñar Mañas, desde el contexto del Derecho comunitario, siendo la contratación pública uno de los ejemplos más claros del proceso de comunitarización de los distintos ordenamientos nacionales.³⁹

Es notorio que la contratación pública y su regulación es uno de los fenómenos de mayor relevancia (incluso socio política) en el marco de la política de los Estados.⁴⁰ Es por eso que la importancia prestada por parte de los órganos europeos no ha sido mezquina en esta materia, se ha incidido en la aproximación de los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales en materia de contratación pública principalmente porque forma parte de los objetivos de política global de la UE para la consecución del Mercado Único.

Esta armonización legislativa se produce a través de la promulgación de distintas Directivas que responden a un propósito inmediato: la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. Este propósito, sin embargo, no es más que una herramienta para alcanzar un objetivo de mayor calado, cual es implantar una competencia objetiva en la contratación pública en aras de la realización de las libertades esenciales en la integración europea: libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.⁴¹

Llegados a este punto es importante mencionar que la contratación pública no es solo un aspecto de regulación legal en los estados miembros. Desde un punto de vista instrumental la contratación pública puede ser utilizada:

³⁹PIÑAS MAÑAS, J.L.: «El derecho comunitario como marco de referencia del derecho Español de los contratos públicos» en el libro colectivo dirigido por R. Gomez- Ferrer Comentario a la *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid 2004. pág. 27

⁴⁰GIMENO FELIU, J.M., *El control de ...* Ob. Cit. pág. 35

⁴¹MEDINA ARNÁIZ, T.: «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la Contratación Pública». Diario La Ley. Número 7382, 26 abril 2010.

- Como herramienta preeminente para dar salida a ciertos productos de tecnología avanzada y garantizar por esa vía la rentabilidad industrial y comercial de los gastos de intervención y desarrollo de las empresas nacionales, en muchos casos subvencionadas por el estado.
- En otras ocasiones una determinada política de contratación pública tiende a favorecer a empresas instaladas en zonas económicamente subdesarrolladas o en declive, entregándoles un trato preferencial frente a otras empresas competidoras. En este caso el fin de dicha política es favorecer el desarrollo industrial y económico de esas zonas consideradas como de prioritario desarrollo.
- A veces la contratación pública trata de promover la transformación y la adaptación de las estructuras de producción favorecer el reconocimiento industrial, lucha contra el desempleo reactivar las inversiones o compensar los sectores discriminados, etc.
- Finalmente, debe tenerse en cuenta la existencia de obstáculos psicológicos, que obedecen a una mentalidad reacia a las mutaciones profundas que requiere la integración económica de los Estados miembros, a una forma de comprender las realidades políticas y económicas en un contexto exclusivamente nacional, a la confianza en la fiabilidad de las producciones y técnicas nacionales al “patriotismo” a las influencias, etc., e incluso a razones de “comodidad”.⁴²

Como podemos apreciar, a través de este resumen ofrecido por el Comisionado de la Unión europea Alfonso Mattera, el proceso de consolidación de un Mercado único recorre necesariamente el camino a través del fortalecimiento de la libre competencia, y este fortalecimiento no será tal si los Estados no participan efectivamente de una regulación en materia de contratos públicos que sean acorde a los principios del derecho de la competencia.

Es por esta razón que se afirma que el derecho comunitario en materia de contratación pública ha sido uno de los más desarrollados y marca continuamente la agenda de las

⁴²Resumen en MATTERA, A., “El Mercado Único...” Ob. Cit.pág.36-37

Comunidades Europeas a razón del cumplimiento de uno de sus principales objetivos, como es la consecución de un mercado común entre los miembros de las comunidades europeas⁴³. En ese sentido el profesor Gimeno Feliu indica que *“de esta manera puede – y debe – hablarse de una política comunitaria en el campo de la contratación pública que permita asegurar la existencia de un marco jurídico uniforme aplicable en este campo y sin exclusiones de todos los países miembros. Con dicha normativa se podrá conseguir de forma satisfactoria una correcta adecuación de las distintas políticas económicas nacionales que promueva las condiciones necesarias de cara a la efectiva implantación de las políticas comunes a las que se refiere el tratado de la unión europea lo que supone, por lo demás, la necesidad de la adaptación de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales.”*⁴⁴

Es importante señalar que el Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas no contempla ninguna previsión relativa a la contratación pública de los Estados miembros, pero cabe extender la aplicación de determinados principios generales contenidos en el mismo: la no discriminación a razón de nacionalidad; el que prevé la libre circulación de personas y suprime las restricciones de derecho de establecimiento; la libertad de circulación de servicios; o el que se concreta en la garantía de libre circulación de mercancías o productos⁴⁵. Por tanto entendemos que son de aplicación los principios encaminados a establecer una libre competencia y finalmente un mercado único común⁴⁶.

⁴³Se busca utilizar la contratación pública para conseguir un objetivo de eficiencia económica, como el mercado interior, sin embargo a través de la contratación pública también se pueden conseguir objetivos sociales y medio ambientales.

⁴⁴GIMENO FELIÚ, J.: “La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma”, Ed. Aranzadi, Madrid 2006. pág.23.

⁴⁵Ibidem. pág.29.

⁴⁶En ese abanico de principios generales que influyeron en la contratación pública de los Estados miembros cobra especial importancia el principio de no discriminación a razón de nacionalidad, la cual ha sido fundamento para una importante jurisprudencia que ha declarado contraria a derecho las prácticas discriminatorias en la adjudicación de contratos públicos, ya consigan esa discriminación de una forma mediata o inmediata: STJCE 1989/26 de fecha 20 de Setiembre de 1988, Beentjes; STJCE 76/1981 de fecha de fecha 10 de febrero de 1982, Transporoute; STJCE 229/83 de fecha de 10 de enero de 1985, Leclerc; STJCE 202/88 de fecha de 19 de marzo de 1991, Francia contra Comisión; STJCE 360/89 de fecha de 3 de junio de 1992, Comisión contra Italia.

Pues bien después de realizar esta breve introducción destacando la importancia que conlleva la evolución de la contratación pública en España para la Unión Europea, nos avocaremos a dar un breve recorrido por las normas que en concreto efectivizan esta evolución.

La contratación pública ingresa en la agenda de las comunidades europeas desde los comienzos de los años setenta cuando esta decide emprender abiertamente una importante reforma en el ámbito de las contrataciones públicas, con el objetivo de dotarla de una mayor transparencia, asociándola a los principios comunitarios y el propósito de aumentar el grado de competencia intracomunitaria al abrir- cuando se superen determinados umbrales económicos – a pública convocatoria la adjudicación de los contratos celebrados por las administraciones públicas europeas. Es decir, la apertura de la competencia precisa ante todo la introducción de incentivos que impulsen a los compradores públicos y aquellos dotados de derechos especiales exclusivos a realizar adquisiciones aplicando procedimientos competitivos. Es por eso que desde esta época se ha ido sucediendo un número considerable de normas-mediante la técnica de la “aproximación legislativa” -, con el objeto de paliar las barreras a la contratación pública en la Comunidad, y tratar de reducir el hábito y, en lo posible, invertir la tendencia de la “compra nacional”, abriendo dichos sectores a la competencia intercomunitaria.⁴⁷

Inicialmente el derecho comunitario centra sus esfuerzos en las fases de preparación y adjudicación de los contratos, lo cual es comprensible debido a que es en estas etapas donde cabe respetar o vulnerar los principios comunitarios que se quieren proteger.

Ahora bien, debido al espíritu finalista de las directivas se puede entender que le preocupan más los objetivos comunitarios a cumplir y menos los instrumentos jurídicos a través de los

⁴⁷GIMENO FELIÚ, J.: “La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma”, Ed. Aranzadi, Madrid 2006. Pág. 29.

cuales se cumplen. Por lo que se fijan principios sobre los cuales se busca una regulación mínima para todos los ordenamientos por más heterogéneos que sean⁴⁸

Estos principios mínimos ya fueron mencionados en el capítulo referido a los principios de contratación pública, sin embargo es importante recalcar que dentro de ellos se encontraba

- *Publicidad comunitaria del contrato.* La convocatoria de las licitaciones públicas, tiene que publicarse en el diario oficial de la Comunidad Europea, con una antelación suficiente que permita la presentación de proposiciones. El plazo general de proposiciones no será inferior a cincuenta y dos días, contados desde la fecha de envío del anuncio al DOCE (ahora DOUE).
- *Prohibición de toda norma discriminatoria* favorecedora de la industria del país convocante del concurso.

Es decir publicidad y no discriminación, principios que vienen a convertirse en directrices para la actuación del sector público en todos los países europeos integrantes de la comunidad.

Ahora bien teniendo esta explicación presente abordaremos primeramente las normas europeas que surgieron en este ámbito, para posteriormente estudiar la adaptación de las mismas al ordenamiento español

i. Normas europeas en materia de contratación pública

En un recuento práctico de las directivas europeas respecto a la coordinación de los procedimientos de adjudicación (ya sea de obra, servicio, o suministro) podemos señalar tres etapas. La aparición de las directivas en este campo se inicia en los años setentas, luego un segundo paquete de directivas aparece pocos años después entre los años ochenta y inicios del noventa y en tercer lugar las directivas del año 2004, en la

⁴⁸BAÑO LEÓN, J.M.: «La Defensa de la competencia...» Ob. Cit. Pág. 231-232.

que incluimos la modificación de umbrales del año 2009. Por tanto ciñéndonos solo a las directivas que afectan objeto de nuestro trabajo estudiaremos en cierta medida las siguientes directivas:

- Directiva 71/305/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los concursos públicos de obras,
- Directiva 77/62/ CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los concursos públicos de suministros,
- Directiva 88/295/CEE sobre contratos de suministros.
- Directiva 89/665/CEE del consejo de 21 de Diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referente a la aplicación de los procedimientos de recursos en materia de adjudicación de contratos públicos de suministro y obra.
- Directiva 92/50 /CEE del consejo de 18 de junio sobre la coordinación de los procedimientos de los contratos públicos de servicios (Modificado por 97/52/CE)
- Directiva 93/36 /CEE del consejo de 14 de junio sobre la coordinación de los procedimientos de los contratos públicos de suministros,
- Directiva 93/37 /CEE del consejo de 14 de junio sobre la coordinación de los procedimientos de los contratos públicos de obras,
- El “*Libro Verde sobre la contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro*”. Documento de la Unión europea de 1996. A pesar de no ser una norma es un documento importante que analizaremos en la posición cronológica correspondiente.
- Directiva 2004/18/ CE del parlamento y consejo de 31 de marzo sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obra, de suministro y de servicio.
- Directiva 2009/81/CEE del Parlamento Europeo y Consejo, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, suministros, y servicios en el ámbito de defensa y seguridad

- Reglamento 1251/ 2011 de 30 de noviembre del 2011, modifica directivas Directiva 2004/18/CE Directiva 2009/81/CEE, en lo que refiere los umbrales de aplicación

Primer periodo

La primera norma comunitaria que afecta directamente nuestro objeto de estudio es la Directiva del Consejo de 26 de julio de 1971 (71/305/CEE), relativa la coordinación de procedimientos de la adjudicación de los contratos públicos de obras. Tomaremos especial atención a los considerandos que justifican la aprobación de la Directiva, ya que nos ofrecen los fundamentos que tuvo el organismo europeo para dictar la norma y que se conectan directamente con los principios básicos de la Comunidad Europea.

La primera consideración del consejo se refiere a que *“la realización simultanea de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras efectuada en los Estados miembros por cuenta del Estado, de las colectividades territoriales y de entidades de derecho público, lleva consigo paralelamente a la eliminación de las restricciones una coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación de los contratos públicos de obra. Pero además, se considera que dicha coordinación debe respetar, en la medida de lo posible, los procedimientos y las prácticas en vigor de cada uno de los Estados miembros”* En el mismo sentido el Artículo 2 de la Directiva señala: *“los poderes adjudicadores aplicarán sus propios procedimientos nacionales adaptados a las disposiciones de la presente Directiva, para adjudicar los contratos públicos de obras”*. El último punto a resaltar es la indicación del Consejo que expone *“la coordinación debería efectuarse en base a los siguientes principios: prohibiciones de aquellas especificaciones técnicas que tengan un efecto discriminatorio, suficiente publicidad de los contratos, elaboración de un procedimiento que permita velar en común por el cumplimiento de dichos principios”*

Es importante resaltar que los principios sobre los que se basa la actual regulación europea de los contratos públicos, guardan relación directa con las libertades fundamentales, presentando dos características: una primera, la de informar la normativa comunitaria y constituir instrumento básico de interpretación; la segunda, actuar como poder integrador de las lagunas del ordenamiento jurídico.⁴⁹ Así lo desarrolla el profesor Gimeno Feliu en más de una obra donde enumera como actuales principios de la contratación Pública europea:

- Respeto de las libertades comunitarias y consecución de un mercado único.
- Aplicación de criterios objetivos de participación y de adjudicación de los contratos que aseguren la concurrencia.
- Garantía de transparencia en los procedimientos de adjudicación.

Regresando al punto sobre la Directiva 71/305, la misma es relevante porque sienta las bases para la distinción entre los procedimientos abierto y restringido y la configuración de supuestos habilitantes del procedimiento negociado. La propia directiva denomina procedimientos abiertos a aquellos *procedimientos nacionales en los cuales todo contratista interesado puede presentar una oferta*, a los procedimientos restringidos como aquellos otros *procedimientos nacionales en los que únicamente pueden presentar ofertas los contratistas admitidos a licitar por los poderes adjudicadores*.⁵⁰ Así mismo la directiva pone especial atención a la discriminación de empresarios comunitarios, previniéndola desde la elaboración de las prescripciones técnicas⁵¹

Llegados a este punto debemos aclarar inicialmente que según se desprende de las Directivas Comunitarias, los poderes adjudicadores utilizarán ordinariamente el procedimiento abierto o restringido, y solo en los supuestos excepcionales que ellas detallan cabe acogerse a la utilización de un procedimiento negociado. Como expresa

⁴⁹ GIMENO FELIÚ, J.: “La nueva contratación...” Ob. Cit. Pág.45

⁵⁰ Artículo 5 de la Directiva 71/305

⁵¹ Artículo 10 de la Directiva 71/305

repetidamente las directivas sobre contratación pública tras presentar los supuestos admitidos para utilizar esa adjudicación directa *“en todos los demás casos los poderes adjudicadores celebraran sus contratos de obras recurriendo al procedimiento abierto o al procedimiento restringido”*. Por tanto se puede desprender de esta redacción que la elección, de uno u otros procedimientos de contratación, no puede ser arbitraria.

Similares características y previsiones presenta la Directiva 77/62/CEE, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro. También ofrece los mismos sistemas de adjudicación: abierto, restringido y excepcional.

La comisión pretendía fomentar una mayor participación de las empresas en los contratos públicos y en particular, el desarrollo de una serie de instrumentos destinados a incrementar la participación de los proveedores, ya que eran conscientes de que una autentica apertura del mercado interior no sería posible mientras las oportunidades de participar en dichos contratos no fueran equitativas para las empresas.⁵²

La concreta aplicación día a día de estas directivas y otras no mencionadas⁵³ fue un “fracaso” dado que el objetivo de esas directivas no fue conseguido a consecuencia de la “evasión” en la aplicación de la normativa mediante distintas “corruptelas jurídicas” como las que a continuación a título meramente indicativo, se mencionan:

- La utilización de determinados criterios de selección de contratistas que favorecían previamente a ciertos licitadores;

⁵²GIMENO FELIU, J.M., *“La nueva contratación...” Ob. Cit. Pág.23.*

⁵³Las directivas 71/304/CEE, 71/305/CEE y 72/277/CEE y la Decisión 71/36/CEE, relativas al contrato de obras; la Directiva 77/62/ CEE, en cuanto a los contratos de suministros; y las Directivas70/62/CEE y 80/767/CEE, cuya finalidad era la de facilitar la libertad de circulación (Art. 9 TCEE).

- La descentralización (incluso fragmentación) de la contratación pública, con la consiguiente dificultad de un control eficaz;
- La utilización de forma abusiva de las excepciones en los procedimientos ordinarios de contratación;
- Diversos errores en la transposición de las directivas;
- La aplicación de normativas técnicas nacionales restrictivas frente a empresas no nacionales {que ha sido posible por(la entonces) ausencia de normativa comunitaria en materia de normalización y estandarización}

Otros autores consideran también, como principales causas del fracaso de las directivas:

- Ciertas debilidades de las mismas que se concretan en la difícil articulación de los textos, la insuficiencia de las obligaciones impuestas para favorecer la transparencia, la inexistencia de mecanismos de control y de sanción por incumplimiento, excesivas “excepciones” a su ámbito de aplicación
- La falta de ambiente jurídico en la reglamentación de los controles públicos
- La ausencia de dinamismo político de los Estados⁵⁴

Segundo periodo

Es en este contexto que se aprueba la Directiva 89/665/CEE del consejo de 21 de Diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referente a la aplicación de los procedimientos de recursos en materia de adjudicación de contratos públicos de suministro y obra, en la cuyos fundamentos se afirma *“Considerando que las directivas comunitarias en materia de contratos públicos (...) no contienen disposiciones específicas que permitan garantizar su aplicación efectiva(...) Considerando que los actuales mecanismos destinados a garantizar dicha aplicación, tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, no permiten siempre velar por el respeto de las disposiciones comunitarias, en particular, en la fase en la que las infracciones de dichas*

⁵⁴ GIMENO FELIU, J.: “La nueva contratación ...” Ob. Cit. Pág.31

disposiciones aún pueden corregirse; Considerando que la apertura de los contratos públicos a la competencia comunitaria necesita un aumento sustancial de las garantías de transparencia y de no discriminación y que resulta importante, para que tenga efectos concretos, que existan medios de recurso eficaces y rápidos en caso de infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales que transpongan dicho Derecho(...)"

Es decir la Comisión europea, consiente del fracaso de las directivas hasta ese momento aprobadas ⁵⁵ decide en el artículo 5 de esta directiva que los Estados miembros *“pondrán en vigor las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva antes del 21 de diciembre de 1991. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las disposiciones básicas de Derecho interno, de orden legal, reglamentario y administrativo, que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.”*

Para esto es importante recordar que previa a esta directiva, las principales razones de la modificación de la directiva 77/62/CEE fueron que se veían próximos a la culminación del mercado interior antes del 31 de diciembre de 1991⁵⁶ y la incorporación de España y Portugal. Es por esto que la Comunidad Europea entendió que España acababa de adaptar su normativa en 1986, y era conveniente dar un margen temporal suficiente para que el derecho interno español fuera asumiendo las siguientes normas comunitarias; por ello, el preámbulo de esta Directiva expresa que *“el Reino de España ha adoptado recientemente una legislación interna para la aplicación de la Directiva 77/62/CEE, y que habida cuenta de que nuevas modificaciones en esta fase afectarían negativamente la adaptación del sector privado en este país, resulta apropiado conceder al Reino de España un periodo*

⁵⁵En particular la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, modificada en último lugar por la Directiva 89/440/CEE, y la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, modificada en último lugar por la Directiva 88/295/CEE.

⁵⁶Tal como lo estipulaba el Libro Blanco y el acuerdo de GATT

suplementario para que pueda aplicar en su totalidad la presente Directiva". En consonancia con tal declaración, la Directiva concedió a España un plazo suplementario que finalizaba el 1 de marzo de 1992 para hacer la completa adaptación a esta nueva Directiva 88/295/CEE sobre contratos de suministros, la cual se encuentra incorporada a la Directiva 89/665/CEE antes mencionada y explicada.

Queremos describir varios aspectos destacables de esta Directiva 88/295; uno de ellos es el hecho de definir los distintos procedimientos de adjudicación, inclusive los "procedimientos negociados", concebidos allí como aquellos procedimientos nacionales en los que el poder adjudicador establezca contactos con proveedores de su elección y negocie los términos del contrato con uno o con varios de ellos. Además ciertos autores ponen manifiesto también que esta Directiva 88/295 efectuó una ampliación de los plazos de licitación y a la extensión de la publicidad oficial en los contratos⁵⁷ así como una "jerarquización" de los procedimientos de contratación, en tanto que sienta la primacía del procedimiento abierto al afirmar *"que el procedimiento abierto favorece al máximo el establecimiento de iguales condiciones de participación en la contratación pública en todos los Estados miembros; que conviene adoptar dicho procedimiento como norma exigiéndose una justificación, así como la confección de las correspondientes actas para poder recurrir a los demás procedimientos"*

Finalmente señalaremos que la Directiva 88/295 efectuó también una distinción entre el supuesto en que hubiera ausencia de ofertas (en cuyo caso podría acudir a un procedimiento negociado sin publicidad) y aquel otro en que las ofertas presentadas fuesen irregulares o inaceptables (en este caso cabría un procedimiento negociado con anuncio de licitación, salvo que se incluyeran en el nuevo procedimiento a todas las empresas con capacidad que durante el anterior procedimiento abierto o restringido hubieran presentado ofertas que cumplieran los requisitos formales).

⁵⁷SANTÍAS VIADA, José Antonio y otros, *"El derecho comunitario de la contratación pública"*, Ed. Escuela de Hacienda Pública, Madrid 1991. Pág. 87

Respecto a la Directiva 89/440 queremos resaltar su postura frente a la configuración de los procedimientos administrativos de adjudicación de los contratos; siempre encaminados a garantizar la igualdad de oportunidades en la participación, la no discriminación y la transparencia en la licitación de los contratos públicos. Esta Directiva fijó como criterios de atribución el principio de la oferta más baja o el de la más ventajosa, a elegir en el momento de la iniciación del procedimiento⁵⁸. Y también, por ejemplo, el nuevo art. 13 introducido por esta Directiva determinó la obligación de los poderes adjudicadores de aportar los pliegos de condiciones y sus documentos complementarios en el plazo de seis días siguientes a la recepción de la solicitud, y las informaciones complementarias a los pliegos antes de los seis días anteriores a la fecha límite fijada para la recepción de ofertas (estas previsiones se hacen para los procedimientos abiertos, aunque es cierto que el artículo 14 establece los mismos plazos para los restringidos y negociados).

Con relación a los procedimientos restringidos y negociados con publicidad, el nuevo artículo 14 también establece previsiones de interés: por ejemplo, se dispone que los poderes adjudicadores invitarán a presentar sus ofertas simultáneamente y por escrito a los candidatos seleccionados; se dispone también que la carta de invitación irá acompañada del pliego de condiciones y de los documentos complementarios, y se fija un contenido mínimo de tales cartas de invitación.

Se dispone así mismo que las solicitudes de participación en los procedimientos de contratación podrán hacerse por carta, telegrama, télex, telecopiadora o teléfono, si bien en los cuatro últimos casos deberán confirmarse por carta enviada antes de que expire el plazo de recepción de ofertas; y el art. 22 precisa que cuando los poderes adjudicadores contraten por el procedimiento restringido podrán indicar los límites inferior y superior dentro de los que se sitúe el número de empresas a las que piensa

⁵⁸SACCHETTINI, A.: «La Comunidad Europea y los contratos públicos» en *Jornadas de Contratación Pública (I. 1993. Valladolid)*, Ed. Marcial, Pons. Madrid 1996. Pág. 102

invitar (dichos límites deberán establecerse en función de las características de la obra a realizar y el número de candidatos admitidos a la licitación debe ser el suficiente para garantizar una competencia real), teniendo en cuenta que las empresas a invitar no deben ser menos de cinco ni más de veinte. El mismo art. 22 establece que en el procedimiento negociado el número de candidatos admitidos a negociar no podrá ser menor de tres, siempre que haya un número suficiente de candidatos adecuados

Respecto a la Directiva 92/50/CEE resaltamos en primer lugar que es su artículo primero enumera una serie de conceptos y entre ellos define en términos ya mencionados a los procedimientos abierto restringido y negociado⁵⁹ La regla general para la elección de procedimiento prevista por esta Directiva es la habitual: la utilización de los contratos por procedimiento abierto o restringido. La utilización de los procedimientos negociados está limitada a los supuestos tasados, con distinción entre procedimientos negociados con y sin publicidad previa.

Con relación al contrato de suministros se aprobó la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de dichos contratos públicos, se afirma nuevamente que “el procedimiento negociado debe considerarse excepcional y que, por lo tanto, sólo debe aplicarse en los casos taxativamente enumerados, y que conviene establecer las reglas comunes de participación en los contratos públicos de suministros, que deben incluir criterios de selección cualitativa y los criterios de adjudicación de los contratos”. Por lo demás, la parte dispositiva de la Directiva no añade nada destacable a los aspectos que ya conocemos de los procedimientos y formas de adjudicación, o la forma de elección de los mismo.

⁵⁹Al que agrega la definición de los concursos de proyectos, que consisten en “aquellos procedimientos nacionales que tengan por objeto permitir a la entidad adjudicadora adquirir planes o proyectos, principalmente en los campos de la ordenación territorial, el urbanismo, la arquitectura o la ingeniería y el procesamiento de datos; dichos proyectos serán seleccionados por un jurado después de haber sido objeto de una licitación con o sin asignación de premios”, pero que no abordaremos por no ser objeto de nuestro trabajo.

El Consejo aprobó el 14 de junio de 1993 la Directiva 93/37/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras. Ciertamente poco añade esta Directiva a los sistemas de adjudicación del contrato de obras que ya habían establecido anteriores directivas sobre la materia. Ésta en concreto se dictó atendiendo, entre otras razones, a lograr mayor racionalidad y claridad del texto normativo, habida cuenta de que la Directiva 71/305/CEE había sufrido diversas modificaciones.

Finalmente los procedimientos de adjudicación son los mismos, pues están ya plenamente consolidados, y la elección de los mismos sigue los mismos criterios. Se mantuvo la distinción de procedimientos negociados con y sin publicidad.

Toca en este punto analizar brevemente el “Libro Verde sobre la contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro”. El cual fue elaborado por la Unión Europea y publicado 1996. Este documento es una reflexión realizada por el organismo supranacional, sobre la evolución y los resultados alcanzados por el derecho europeo de la contratación pública hasta ese momento.

Una reflexión significativa es el reconocimiento al avance desempeñado, el cual no se ha visto exento de dificultades, pues como expresa el documento, se trata *“de un proceso difícil y a veces doloroso, especialmente donde antes reinaban las relaciones basadas en costumbres, vínculos privilegiados y preferencias nacionales. Se están abandonando prácticas adquisitivas muy arraigadas pero ineficaces; algunos organismos compradores han podido comprobar ya que aplicando las normas comunitarias se obtiene la mayor calidad al mejor precio posible. Comienza a abrirse la contratación pública de otros Estados miembros, se intensifica la competencia, y nuestras empresas están cada vez mejor preparadas para enfrentarse*

a los retos internacionales. Sin embargo, aún queda camino por recorrer hasta llegar al aprovechamiento pleno de nuestra política de contratación pública”⁶⁰

Centrándonos en nuestro tema, Libro Verde puso de manifiesto el excesivo recurso de los órganos de contratación al procedimiento negociado, especialmente al carente de publicidad, a pesar de su configuración como procedimiento excepcional; si bien la Comisión reconoce que en los casos analizados la utilización del procedimiento negociado ha propiciado unos resultados económicos más satisfactorios que los conseguidos mediante el uso de concursos, es evidente que la utilización no justificada del procedimiento negociado va en detrimento del objetivo de transparencia de los contratos.⁶¹

Tercer periodo

En el año 2004 el Parlamento y el Consejo aprobaron dos directivas que desarrollan principalmente aspectos relativos a los sistemas de adjudicación de los contratos. Se trata de la Directiva 2004/17/CE⁶², de 31 de marzo, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y de la Directiva 2004/18/CE⁶³, de 31 de

⁶⁰Tomado del texto original del Libro Verde de la Contratación Pública. “La Contratación Pública en la Unión Europea. Reflexiones para el futuro”. Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de Noviembre de 1996

⁶¹Otro de los problemas puestos de manifiesto por el Libro Verde con relación a los procedimientos de adjudicación de los contratos es la reiterada utilización de criterios de capacidad técnica de los empresarios en la fase de adjudicación de los contratos; repetidamente la Unión Europea ha insistido (y citado sentencias como la Beentjes) en que los aspectos de capacidad, de solvencia de los empresarios tienen su momento de valoración en la fase de selección, que es previa a la de adjudicación del contrato.

⁶² Los antecedentes de la Directiva 17/2004 son la propuesta modificada Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.[COM (2002) 235 final- 2000/0117 (COD); existiendo posición Común (CE) n°34/2003 de 20 de marzo del 2003, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas de la adopción de una Directiva del Parlamento y del Consejo sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. GIMENO FELIU, J.M., “La nueva contratación pública...” Ob. Cit. Pág. 35-37.

⁶³En la tramitación de las Directiva 18/2004 pueden tenerse en cuenta los siguientes documentos: Propuesta modificada de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de las adjudicación de los contratos públicos de suministros, de servicios y de obras.[COM (2002) 236 final- 2000/0115CE (COD); con posición Común(CE) n°33/2003 de 20 de marzo del 2003, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas de la adopción de una directiva del Parlamento y del Consejo sobre la coordinación de

marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Los Estados miembros están obligados, a la transposición de estas Directivas antes del próximo día 31 de enero de 2006.

Estas dos nuevas Directivas reiteran, pues, el sometimiento de todos los contratos a los principios del Tratado, pero establece expresamente una serie de disposiciones de coordinación para aquellos contratos que excedan determinada cuantía, para garantizar los efectos de la directiva y abrir la competencia. Estos umbrales están determinados primeramente por las mismas directivas, y son modificadas por el Reglamento 1251/ 2011 de 30 de noviembre del 2011.

El otro aspecto destacable es la introducción de métodos innovadores a los sistemas de contrataciones públicas ya que nos encaminan hacia las nuevas técnicas electrónicas de compra, pues en palabras de la propia norma, *“permiten ampliar la competencia y mejorar la eficacia del sistema público de pedidos, en particular mediante el ahorro de tiempo y dinero que entraña la utilización de las mismas”*. Se pretende otorgar a los órganos de contratación el marco jurídico necesario para aprovechar esas ventajas que ofrecen las compras electrónicas. Así, los nuevos instrumentos que se contemplan son: sistemas dinámicos de compra, subastas electrónicas, técnicas de centralización de adquisiciones, acuerdos marcos y diálogo competitivo, fundamentalmente.

El objetivo de este tipo de medidas (de carácter general) es reducir las posibilidades de corrupción mediante el establecimiento de los principios de objetividad, igualdad de trato y transparencia en la adjudicación de contratos públicos. En este sentido, las citadas Directivas establecen cinco obligaciones para los Estados miembros en relación con la preparación y adjudicación de los contratos celebrados por las

entidades que tienen la condición de poder adjudicador: i) publicidad de los contratos que superen determinados umbrales económicos; ii) transparencia en los procedimientos de contratación; iii) equivalencia de las especificaciones técnicas; iv) homologación de las aptitudes de los contratistas, y v) objetividad en los criterios de adjudicación.⁶⁴

Además de estas pautas las directivas del 2004 están encaminadas a efectuar la refundación de los textos precedentes sobre la materia para contribuir a la simplificación y modernización que también demanda el Libro Verde y además ajustarse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, *“en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para tender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios del Tratado”* (en particular, de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento, libre prestación de servicios, igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia).

A modo de síntesis, el primer periodo es relevante porque sienta las bases para la distinción entre los procedimientos abierto y restringido y la configuración de supuestos habilitantes del procedimiento negociado, mientras que en el segundo periodo se consolidan plenamente estos procedimientos de contratación. En el tercer periodo, podemos señalar que a la luz de nuestro trabajo, lo más significativo es la incorporación del procedimiento de dialogo competitivo, los nuevos umbrales de contratación y el nuevo carácter subjetivo en las contrataciones públicas. Esto último se refleja claramente en el cambio del actor subjetivo de “administraciones públicas” a “Sector Público”.

⁶⁴MEDINA ARNÁIZ, T.: «Las respuestas normativas...» Ob. Cit.

ii. Adaptación de la normativa Española a la normativa comunitaria

La incorporación de España a la Comunidad Económica Europea en 1986, obligó a la adaptación de la legislación española a las directivas y reglamentos Comunitarios. Las directivas europeas en materia de contratación pública no son la excepción por lo que para su incorporación, España debía adaptar su normativa interna durante el año 1986 (pues así estaba determinado en el Acta de Adhesión). Se cumplía así con la obligatoria recepción del denominado acervo comunitario. A esos efectos se aprobó la Ley 47/1985, de 27 de diciembre, de bases de delegación al Gobierno para la aplicación de su Derecho; en ella se estableció un plazo de seis meses para el ejercicio de dicha delegación.

Mediante esta Ley se incorporaba un anexo con las normas con rango de Ley que debían ser objeto de adaptación, donde aparecía el Texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965⁶⁵, de 8 de abril. Respecto a nuestra materia, las Directivas que la Ley citó como de obligada transposición en ese momento fueron las directivas 71/304, 71/305, 71/306, 72/277 y 77/62, algunas de ellas desarrolladas en el acápite anterior.

Aunque las bases de delegación se refiriesen a la modificación de normas con rango de Ley, también debía ser objeto de adaptación el Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por el Decreto 3410/1975. La adaptación de la normativa comunitaria se lleva a cabo mediante la publicación del Real Decreto Legislativo 931/1986, que modifica los artículos de la Ley de Contratos afectados por las Directivas y asimismo la adaptación del Reglamento mediante la publicación del Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre.

⁶⁵Respecto a esta norma se indica “La Ley de Contratos del Estado, desarrollada por el Reglamento General de Contratación de 1975 y por disposiciones puntuales en materia de revisión de precios, proporcionó estabilidad al sistema contractual público; es más, fundó dicho sistema con una riqueza teórica y doctrinal que ya quisiera alguna de sus herederas” VICENTE IGLESIA, J.: «Reflexiones sobre la nueva Ley de contratos del sector público», Diario la Ley, Nº 6871, Enero 2008.

El Real Decreto Legislativo 931/1986 es una Ley de cinco artículos que dieron nueva redacción a diversos preceptos de la Ley de Contratos del Estado de 1965. Concretamente recibieron nueva redacción los artículos 9, 28, 29, 31, 34, 35, 36, 37, 83, 84, 87, 98, 99, 102, 106 y 109; además se crearon los artículos 29 bis, 36 bis, 84 bis, 99 bis y 99 ter; y se dio nueva denominación al título primero del libro II (que pasó a rezar “De la clasificación, solvencia y registro de los empresarios”), a subcapítulo primero (en adelante, “De la clasificación, solvencia y registro de los contratistas de obras”), y segundo (en adelante, “De la clasificación y solvencia de los empresarios de suministros”).

Se incorporó la distinción entre procedimientos abiertos y restringidos, en el sentido en que venían concebidos por las directivas comunitarias. Se determina así que tanto para la subasta como para el concurso, el procedimiento de licitación podrá ser abierto o restringido. El concepto de cada uno de estos procedimientos estaba muy claro en las directivas, con lo cual la transposición era casi mecánica.

También que incorporó la imposibilidad de aplicar la reducción de plazos de la tramitación de urgencia en el procedimiento abierto; sólo podría hacerse en el restringido, para aquellos contratos que hubieran de ser anunciados en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas⁶⁶

El Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre, se encargó de modificar el Reglamento General de Contrataciones del Estado para adaptarlo a las nuevas prescripciones del Real Decreto Legislativo 931/1986 y a las Directivas de la Comunidad Económica Europea. Hemos de anticipar que los nuevos preceptos introducidos en el Reglamento General de Contratación del Estado reproducen en muchas ocasiones la misma letra de la Ley, por lo que no haremos mayor comentario respecto a la adaptación reglamentaria de estos preceptos. Sólo mencionaremos

⁶⁶En el último párrafo del art. 90 RGCE, según la redacción dada por el Real Decreto 2528/1986

respecto a los procedimientos que: se volvieron a definir las formas de contratación, se adaptó el régimen de publicidad de las licitaciones a las nuevas obligaciones comunitarias, y se enumeraron de nuevo los supuestos en los que cabe la utilización del concurso y de la adjudicación directa, fundamentalmente.

Pero al poco tiempo de la adaptación española mediante estos dos Reales Decretos Legislativos, se aprueban un nuevo conjunto de directivas europeas⁶⁷, como ya se mencionó antes, la Comunidad europea consideró conveniente dar un margen temporal suficiente y *“conceder al Reino de España un periodo suplementario para que pueda aplicar en su totalidad la presente Directiva”*. Por lo que el plazo suplementario para España para este nuevo conjunto de medidas finalizaba el 1 de marzo de 1992.

Sin embargo la siguiente norma importante aprobada por España en materia de contratos Públicos a Razón de la adaptación Española es la Ley 13/1995 de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas. Esta norma es aprobada principalmente a razón de los fallos en la adaptación de las directivas comunitaria como lo manifiesta el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la sentencia del 17 de noviembre de 1993, en ella se declaró el incumplimiento de España por deficiente adaptación de diversos aspectos de nuestra normativa de las Directivas 71/305 y 77/62. La sentencia se refiere a diversos aspectos, pero por lo que a nosotros nos ocupa, la impugnación se había referido a los arts. 37.1º.1, 2, 7 y 8, y 87.4º.1, 2 y 5 Ley de Contratos del Estado; el Tribunal condenó a España por la utilización de la adjudicación directa basada en la urgencia, expresando acerca de la norma española que permitía *“la contratación directa en casos que no están previstos por las Directivas o subordina la utilización de la contratación directa a requisitos menos estrictos que los derivados de las disposiciones correspondientes a las Directivas”* Pero además de estas circunstancias hay que tener en cuenta la entrada en vigor el 1 de enero de 1994 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, en

⁶⁷Estas directivas se refieren a las que hemos desarrollado en el segundo periodo.

consideración de algunos aspectos del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio.

Todos estos factores supusieron buena parte de las motivaciones para la promulgación de una nueva Ley de Contratos para todas las Administraciones Públicas españolas, por lo que la Ley de 1995 adapta al derecho interno español las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, que a su vez aglutinaban el contenido de las Directivas anteriores (77/62, 71/305, 88/295 y 89/440).

Respecto de la Ley 13/1995 podemos indicar que deroga expresamente las leyes subsistentes sobre contratos del Estado, como son el texto articulado de 1965, la Ley de 1973 (que modificaba el Reglamento de la Ley de 1965) y los ya mencionados Reales Decretos Legislativos del 1986. Es esta Ley de 1995 una ley general para todas las administraciones públicas del Estado Español, con eminente carácter "básico" a tenor del art.149.1.18ª de la Constitución Española.

Sin embargo debido a la introducción del euro⁶⁸ y a las modificaciones legales⁶⁹ que sufrió la Ley de 1995, se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, mediante Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Poco tiempo después mediante Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

⁶⁸Mediante a Decisión de la Comisión Europea (1999/C 379/08) reflejada en la Orden del Ministro de Hacienda de 10 de febrero de 2000 impone nuevas alteraciones en el texto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al tener que ser sustituidas, a partir de 1 de enero de 2000.

⁶⁹Ley 53/1999, de 28 de diciembre, Ley 9/1996, de 15 de enero, por la que se adoptan medidas extraordinarias, excepcionales y urgentes en materia de abastecimientos hidráulicos como consecuencia de la persistencia de la sequía; por el artículo 2 de la Ley 11/1996, de 27 de diciembre, de Medidas de disciplina presupuestaria; por los artículos 72, 148 y 149 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de Medidas fiscales, administrativas y del orden social; por el artículo 77 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social; por el artículo 56 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, y por el artículo 30 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro.

Sin embargo este nuevo cuerpo normativo es prontamente cuestionado por el Tribunal de Justicia Europeo. Algunas de las sentencias son las siguientes:

- La Sentencia de 15 de mayo de 2003 condeno a España por no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la directiva 89/665/CEE a las disposiciones adoptadas por las sociedades de Derecho Privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y cuya actividad este financiada o controlada por las Administraciones públicas, definidas en la normativa comunitaria sobre los contratos.
- La Sentencias de 16 de octubre de 2003 declaro incumplimiento a España por no someterse a las disposiciones de la Directiva de obras con ocasión de una licitación convocada por la sociedad estatal de Infraestructura y Equipamientos Penitenciarios S.A. (SIEPSA).
- La Sentencia de 13 de enero de 2005 formulo una condena a España por excluir del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de contratos, a determinadas instituciones de derecho Privado controladas por Administraciones públicas, excluir también de colaboración que celebren las Administraciones públicas con otras entidades públicas, y los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de las Directivas de contratos.

Así llegamos a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Se señala en el preámbulo de la Ley, que, aun siendo la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2004/18/CE el motivo determinante de la apertura de un nuevo proceso de revisión de nuestra legislación de contratos públicos, este punto de partida no ha operado como límite o condicionante de su alcance. La norma resultante, en consecuencia, no se constriñe a trasponer las nuevas directrices comunitarias, sino que, adoptando un planteamiento de reforma global, introduce modificaciones en diversos ámbitos de esta legislación, en respuesta a las peticiones formuladas desde múltiples instancias (administrativas, académicas, sociales y

empresariales) de introducir diversas mejoras en la misma y dar solución a ciertos problemas que la experiencia aplicativa de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha ido poniendo de relieve.⁷⁰

Respecto a los procedimientos especiales de contratación la norma mantiene los procedimientos abierto restringido y negociado, sin embargo ofrece una nueva reacción y esquematización al procedimiento negociado. Por otro lado incorpora junto con los nuevos métodos de racionalización técnica el procedimiento de dialogo competitivo para aquellos contratos el que la entidad adjudicadora pretenda llevar a cabo contratos de especial complejidad.

En este contexto, se incorpora una lista de normas⁷¹ que modifican la Ley de contratos del Sector público del 2007, por lo que el corolario acertado fue la refundición de todas estas normas en el mediante Real Decreto Legislativo 3/2011 donde se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, publicándose en el Boletín Oficial del Estado del día 16 de noviembre, entrando en vigor el 16 de diciembre.

⁷⁰De La MORENA LOPEZ, *Evolución histórica de la contratación pública en España* Observatorio de Contratación Pública, Madrid 2012

⁷¹Vocabulario común de contratos públicos, Reglamento (CE) N° 213/2008 de la Comisión de 28 de noviembre de 2007; Reglamento 451/2008 del Parlamento europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 por el que se establece una nueva clasificación estadística de productos por actividades; Orden del Ministerio de Presidencia PRE/116/2008, de 21 de enero, aprueba el Plan de Contratación Pública Verde de la administración General del Estado y sus Organismos Públicos, y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social; Orden del Ministerio de Economía y Hacienda EHA/3497/2009, de 23 de diciembre, se hacen públicos los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación administrativa a partir de 1 de enero de 2010; Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual; Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo. Adopta medidas extraordinarias para la reducción del déficit público; LEY 34/2010, DE 5 DE AGOSTO (BOE DE 09.08.2010), de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras; Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la innovación; estas entre las más importantes.

2. Diseño y objetivos actuales de los procedimientos especiales de contratación

Los procedimientos de contratación son: el abierto, restringido, el negociado y el dialogo competitivo. La Comisión Nacional de Competencia en su guía de Contratación pública y Competencia indica que *el procedimiento más favorecedor de la concurrencia, por ser más respetuoso con el principio de igualdad entre los licitadores, es el procedimiento abierto, al que pueden presentarse todas aquellas empresas que reúnan la capacidad y solvencia exigidas*. Sin embargo al referirse a los otros procedimientos enumera una serie de recomendaciones donde principalmente señala que *para la selección de cualquier otro procedimiento, los órganos de contratación deben sopesar muy cuidadosamente el impacto sobre la competencia derivado de tal decisión, incluso si, con procedimientos alternativos, pudiera facilitarse la gestión y acortarse el período de tramitación*.

Ahora bien, de esta recomendación se puede inferir que los tres procedimientos restantes resultan *menos favorecedores* a los principios de contratación pública (concurrencia e igualdad de trato). Para comprobar esta afirmación es necesario conocer en primer lugar cual es el diseño actual con el que cuentan cada uno de los procedimientos especiales de contratación.

a) Procedimiento restringido

El procedimiento restringido se configura desde en el Acuerdo de Contratación Pública, donde se le describe como el procedimiento por el cual la entidad negocia directamente con determinados proveedores pero solo en caso descritos por el propio acuerdo, esta definición es más acorde a lo que conocemos actualmente como el procedimiento negociado. Sin embargo la Ley Modelo de la CNUDMI admite algunas variantes a las licitaciones. En el caso del procedimiento restringido, es aquel donde existe la posibilidad de limitar el número de empresarios convocados y solo puede utilizarse en dos supuestos excepcionales: (i) adquisición de bienes, obras o servicios que por su complejidad o especialidad sólo puedan ofrecerse por un número limitado de proveedores o contratistas; (ii) y el de aquellos otros productos cuyo escaso valor aconseje la restricción el número de ofertas a evaluar.

Una definición parecida es la que encontramos en la Directiva 71/305 donde se le define como aquellos otros *procedimientos nacionales en los que únicamente pueden presentar ofertas los contratistas admitidos a licitar por los poderes adjudicadores*. Sin embargo estas directivas se enfocan a disponer los supuestos de aplicación del procedimiento negociado, dejando sin mayor indicación los supuestos del procedimiento restringido. Es decir se configura como un procedimiento público, donde los licitadores van a solicitar al órgano de contratación, participar en la licitación. El órgano de contratación va a evaluarlas y a seleccionarlas de acuerdo a la información presentada. Una vez seleccionado un grupo de licitadores aptos, cada uno de estos licitadores podrá presentar su oferta.

Es en la Directiva 88/295 donde se reserva el procedimiento restringido para casos debidamente justificados y configurando al procedimiento abierto como el procedimiento como norma general.

Actualmente el TRLCSP en su artículo 162 no difiere mucho a la concepción inicial ya que indica: *“En el procedimiento restringido sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación”*. Como podemos ver la diferencia fundamental es que se ha incorporado en su evolución el elemento de la solvencia.

Además el mismo artículo a modo de advertencia prohíbe *“toda negociación de los términos del contrato con los solicitantes o candidatos”*

El Informe de la Junta consultiva de Administración del Estado 18/98, 30 de junio de 1998, señala que *“la característica fundamental de la regulación del procedimiento restringido (...) es la diferenciación de dos fases diferenciadas constituida la primera por el anuncio de convocatoria y presentación de solicitudes de participación y la segunda por*

la invitación de las empresas seleccionadas, presentación de oferta y adjudicación del contrato”

Del análisis del diseño de este procedimiento podemos indicar que el órgano de contratación preverá su utilización cuando el elemento más importante para él sea la solvencia.

El procedimiento restringido se desarrolla de la siguiente manera

- (i) se inicia mediante la publicación de los criterios objetivos⁷² y el número mínimo de empresas que se debe proyectar a invitar, que no puede ser inferior a cinco, y en su caso el número máximo de licitadores admitidos.
- (ii) las empresas interesadas solicitaran ser invitadas, aportando la documentación acreditativa de las características requeridas en el perfil.
- (iii) a la vista del perfil empresarial de los solicitantes, la administración seleccionará a los que resulten invitados a presentar una oferta.
- (iv) en este punto solo las empresas invitadas presentaran su oferta

En el procedimiento restringido los hitos o trámites del procedimiento de selección del contratista son:

- Solicitud de participación
- Solicitud de información
- Presentación de proposiciones
- Apertura de las proposiciones
- Adjudicación provisional del contrato

⁷²Referidos a las características o perfil empresarial que debe tenerse en cuenta para formular las invitaciones.

Nosotros analizaremos únicamente las fases iniciales que “podrían” considerarse como plazos de convocatoria en este procedimiento. Aunque hay muchas particulares podemos esquematizarlo en los siguientes términos:

Sujeto a Regulación Armonizada	Objeto del contrato	Solicitud de participación		
Si	Suministro	37 días	6 días para que el órgano de contratación facilite la información para la recepción de las ofertas	Solo aquellos que fueron seleccionados podrán presentar sus proposiciones
	Servicios	37 días		
	Obras	52 días		
No	Servicio, suministro y obra	10 días		
Cuadro N° 9 : Número de días de convocatoria en el procedimiento restringido				

Por otro lado, cuando el número de candidatos que cumplan con los criterios de selección sea inferior al mínimo establecido en la convocatoria el órgano de contratación puede continuar con el procedimiento, con las empresas aspirantes que reúnen las condiciones exigidas, sin que pueda invitar a otros empresarios que no hayan solicitado participar o a candidatos que hayan solicitado la participación pero no posean las condiciones solicitadas y no cumplan con el perfil requerido

b) Procedimiento negociado

El procedimiento negociado para la adjudicación de contratos del sector público tiene sus bases en el artículo 9 de la Directiva 71/305 donde se configuran los supuestos habilitantes de para los contratos de obra excluidos de las disposiciones de la directiva, sin embargo, no se diseña como una procedimiento propiamente dicho, es la configuración de supuestos excepcionales para los contratos de obra.

Se configura como un nuevo procedimiento en la Directiva 88/295, donde se indica que solo podrá ser utilizado en determinados casos bien delimitados. Mediante esta

configuración del procedimiento, el poder adjudicador establece contacto con proveedores de su elección y negocia los términos del contrato con uno o varios de ellos, adjudicando luego libremente.

El procedimiento nace con la distinción definida entre los supuestos de procedimientos negociados con publicidad y sin ella. Por ejemplo en el supuesto en que hubiera ausencia de ofertas (en cuyo caso podría acudir a un procedimiento negociado sin publicidad) y aquel otro en que las ofertas presentadas fuesen irregulares o inaceptables (en este caso cabría un procedimiento negociado con anuncio de licitación, salvo que se incluyeran en el nuevo procedimiento a todas las empresas con capacidad que durante el anterior procedimiento abierto o restringido hubieran presentado ofertas que cumplieran los requisitos formales).

También en la Ley Modelo de la CNUDMI se incorporan dos métodos de adjudicación que permiten la negociación de la entidad adjudicadora con los proveedores o contratistas. Reciben el nombre de “solicitud de propuestas” y negociación competitiva.

Actualmente el TRLCSP, a partir del artículo 169, indica que la adjudicación en el procedimiento negociado recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras consulta y negociación con al menos tres empresas capacitadas para la realización del objeto contractual, siempre que sea posible, de las condiciones económicas y técnicas del contrato que se determine en el pliego de cláusulas administrativas.

Los procedimientos negociados pueden ser con publicidad previa o sin publicidad. En este segundo caso la concurrencia al procedimiento será como mínimo de tres empresarios, siempre que sea posible. Sobre este punto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 13/07 de 26 de marzo de 2007, indica que la imposibilidad de negociación con al menos tres empresas, no puede derivar de la carencia de medio del órgano de contratación para juzgar la idoneidad de las empresas, la que podría

ser suplida con informes técnicos, ni por circunstancia de inexistencia en el territorio de la Comunidad Autónoma de tres empresas para la ejecución del contrato.

En el artículo 177 de la norma se enuncian los supuestos que exigen la previa publicación de un anuncio de, en los casos restantes no será necesario dar publicidad⁷³ al procedimiento, solicitándose a iniciativa discrecional del órgano de contratación el número mínimo de ofertas a negociar al menos, salvo imposibilidad de concurrencia.

Podrá adjudicarse, en concreto, mediante procedimiento negociado con publicidad:

a) Con carácter general :

- Cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos, restringidos o de diálogo competitivo seguidos previamente sean irregulares o inaceptables por haberse presentado por empresarios carentes de aptitud, por incumplimiento en las ofertas de las obligaciones legales relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente y condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 119, por infringir las condiciones para la presentación de variantes o mejoras, o por incluir valores anormales o desproporcionados, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato. Artículo 170 a) TRLCSP
- En casos excepcionales, cuando se trate de contratos en los que, por razón de sus características o de los riesgos que entrañen, no pueda determinarse previamente el precio global. Artículo 170 b) TRLCSP

b) En los contratos de obras:

- Cuando las obras se realicen únicamente con fines de investigación, experimentación o perfeccionamiento y no con objeto de obtener una rentabilidad o de cubrir los costes de investigación o de desarrollo. Artículo 171 a) TRLCSP

⁷³No obstante, según el artículo 93.2 del RGLCAP, siempre que no se requiera publicidad y cuando lo estime conveniente el órgano de contratación, la solicitud de ofertas podrá realizarse mediante anuncio público o en la forma que establezca con carácter general por aquel.

- Cuando su valor estimado sea superior a € 200.000 (doscientos mil euros) e inferior a un millón de euros. Artículo 177.2 y 171 d) TRLCSP

c) En los contratos de gestión de servicios

- Cuando el presupuesto de gasto de primer establecimiento se prevea superior a € 60.000 (sesenta mil euros) e inferior a € 500.000 (quinientos mil euros) y su plazo de duración sea inferior a cinco años. Artículo 177.2 y 172 b) TRLCSP

d) En los contratos de suministro:

- Cuando su valor estimado sea superior a € 60.000 (sesenta mil euros) e inferior a un 100 mil de euros. Artículo 177.2 y 173 f) TRLCSP

e) En los Contratos de servicios

- Cuando debido a las características de la prestación no sea posible establecer sus condiciones con la precisión necesaria para adjudicarlo por procedimiento abierto o restringido. Especialmente en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, servicios de seguro y servicios bancarios y financieros.⁷⁴ Artículo 174 a).
- Cuando su valor estimado sea superior a € 60.000 (sesenta mil euros) e inferior a un millón de euros. Artículo 177.2 y 172 b) TRLCSP

Por otro lado podrá utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad en los términos de los preceptos citados

a) Con carácter general

- Cuando se acuda al procedimiento negociado por haberse presentado ofertas irregulares o inaceptables en procedimientos seguidos con anterioridad, siempre que

⁷⁴Comprendidos en la categoría 6 del Anexo II del TRLCSP.

en la negociación se incluyan todos los licitadores en dichos procedimientos antecedentes, hubiesen presentado ofertas conforme a los requisitos formales exigidos, y solo a ellos. Art. 170 1, segundo párrafo. TRLCSP.

-Cuando, tras haberse seguido un procedimiento abierto o restringido, no se haya adjudicado por falta de candidaturas o por que las ofertas no sean adecuadas, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente. Este supuesto exige remitir un informe a la Comisión de la Unión Europea, si ésta así lo solicita, tratándose de contratos sujetos a regulación armonizada. Art. 171 c) TRLCSP.

- Cuando, por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado. Art. 171 d) TRLCSP.

- Cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 112. Art. 171 e) TRLCSP.

- Cuando el contrato haya sido declarado secreto o reservado, o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d). Esto conforme al artículo 14 de la Directiva 2004/18 y Art. 171 f) TRLCSP

- Cuando se trate de contratos incluidos en el ámbito del artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, referidos específicamente a productos destinados a fines específicamente militares Art. 170 g) TRLCSP.

b) En los contratos de obra, suministro y servicios.

-Cuando se trate de obras, suministros o servicios complementarios , conforme a los requisitos establecidos en los artículos 171 b), 173 c) y 174 b), respectivamente, por un periodo máximo de tres años desde la formalización del contrato inicial.

-Cuando se trate de la repetición de obras o servicios similares a otros adjudicados al mismo contratista por procedimientos abierto o restringido, conforme a los requisitos establecidos en los artículos 171 c) y 174 c) respectivamente.

c) En los contratos de obra:

- Cuando su valor estimado sea inferior a € 200.000 (doscientos mil euros). Art. 177.2 TRLCSP

d) En los contratos de gestión de servicios:

- Cuando no sea posible promover la concurrencia de ofertas. Art. 172 a)
- Los relativos a la prestación de asistencia sanitaria concertados con medios ajenos, derivados de un Convenio de colaboración entre las Administraciones Públicas o de un contrato marco, siempre que éste haya sido adjudicado con sujeción a las normas del TRLCSP. Art. 172 c).
- Los de gestión de servicios cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento se prevea inferior a € 60.000 (sesenta mil euros) y su plazo de duración sea inferior a cinco años. Art. 177.2 TRLCSP

e) En los contratos de Suministro

- Cuando se trate de la adquisición de bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español, previa su valoración por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español u organismo reconocido al efecto de las Comunidades Autónomas, que se destinen a museos, archivos o bibliotecas. Art. 173 a)

- Cuando los productos se fabriquen exclusivamente para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo⁷⁵. Art. 173 b)
- Cuando se trate de la adquisición en mercados organizados o bolsas de materias primas de suministros que coticen en los mismos. Art. 173 d)
- Cuando se trate de un suministro concertado en condiciones especialmente ventajosas con un proveedor que cese definitivamente en sus actividades comerciales, o con los administradores de un concurso, o a través de un acuerdo judicial o un procedimiento de la misma naturaleza. Art. 173 e)
- Cuando su valor estimado sea inferior a € 60.000 (sesenta mil euros). Art. 177.2 TRLCSP.

f) En los contratos de servicios:

- Cuando el contrato en cuestión sea la consecuencia de un concurso y, con arreglo a las normas aplicables, deba adjudicarse al ganador. En caso de que existan varios ganadores se deberá invitar a todos ellos a participar en las negociaciones. Art. 174
- Cuando el valor estimado sea inferior a € 60.000 (sesenta mil euros). Art. 177.2 TRLCSP.

g) En los restantes contratos:

- Cuando su valor estimado sea inferior a € 60.000 (sesenta mil euros). Art. 177.2 TRLCSP.

Ahora bien luego de esta breve sistematización, debe hacerse hincapié en que solo podrá recurrirse al procedimiento negociado, en alguna de sus modalidades, en caso de alguno de los supuestos mencionados, bajo interpretación estricta, tal como lo señala el Informe 57/03 del 30 de marzo del 2004 de la Junta consultiva de la Contratación Administrativa del

⁷⁵Esta condición no se aplica a la producción en serie destinada a establecer la viabilidad comercial del producto o a recuperar los costes de investigación y desarrollo.

estado. *“La utilización del procedimiento negociado tiene carácter excepcional y solo procede cuando concurren cuando las causas taxativamente previstas en la Ley, que son de interpretación estricta y han de justificarse <debidamente> en el expediente”*.

La negociación tendrá por objeto identificar la oferta económicamente más ventajosa”, para lo que el órgano de contrataciones negociará con los licitadores las ofertas que estos hayan presentado a fin de adaptarlas a los requisitos indicados en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de licitación, en su caso, y en los posibles documentos complementarios.⁷⁶

Pues bien dicho esto pongamos énfasis en el número de ofertas mínimas que impone la Ley. Según el artículo 169.2 la concurrencia se garantiza mediante la aplicación de artículo 178.1 del TRLCSP donde la regla general es que en el procedimiento negociado es necesario solicitar ofertas, al menos a 3 empresas capacitadas para la realización de objeto del contrato, “siempre que ello sea posible”. La aplicación de la excepción, debe ser como hemos indicado, objeto de interpretación estricta.

Respecto al tiempo de convocatoria, puntualicemos que tal como se configura el procedimiento la regla general es que este procedimiento se lleve a cabo sin necesidad de anuncio en un diario oficial, configurándose, los supuestos que requieren publicidad descritos líneas antes, como excepciones.

Cuando se configuren los supuestos que requieren publicidad esta se llevara a cabo conforme los plazos del procedimiento restringido (de los artículos 163 a 166).

⁷⁶BALLESTEROS MOFFA, L.: «La “oferta económicamente más ventajosa”: aspectos formales y materiales», en ALMONACID LAMELAS, V.: Contratación pública local 2011: conceptos esenciales y aspectos prácticos. Adaptado a la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, Ed La Ley, Madrid 2011. Pág. 174

c) Dialogo competitivo

El Dialogo competitivo es el más reciente procedimiento de contratación incorporado con un conjunto de innovaciones mediante la Directiva 2004/18. La adaptación a la normativa española se produce mediante la Ley 31/2007, manteniendo su redacción exacta al TRLCSP.

Este nuevo procedimiento ha sido pensado, como señala la exposición de motivos de la LCSP *“para contratos de gran complejidad en los que la definición final de su objeto solo puede obtenerse a través de la interacción entre el órgano de contratación y los licitadores”*

El diálogo competitivo se encuentra regulado en el TRLCSP en los artículos 179 al 183 y con múltiples remisiones tanto al Reglamento como a otros artículos de la Ley. El dialogo podrá estar asistido por miembros de la Mesa de dialogo competitivo, y al menos tres candidatos previamente seleccionados en torno a los distintos aspectos del contrato, al objeto de desarrollar soluciones satisfactorias que sirvan de base para la presentación de las ofertas definitivas por parte de los licitadores.

Los supuestos de utilización son básicamente por que el órgano de contratación no se encuentra objetivamente capacitado para precisar los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades conforme a las letras b), c) o d) del artículo 117 TRLCSP. O bien para la determinación jurídica y financiera del proyecto, siempre y cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato. En todo caso el procedimiento es aplicable a la adjudicación de los contratos de colaboración entre el sector público y el privado, sin perjuicio de poder utilizarse el negociado.

Respecto al plazo de convocatoria la norma nos remite a la aplicación de los plazos fijados para el procedimiento restringido (del artículo 163 al 165 del TRLCSP). Exceptuando la aplicación del número mínimo de invitados fijando el nuevo límite, como ya hemos mencionado, en tres.

CAPITULO II: El derecho de la competencia y la regulación de los contratos públicos

1. La defensa de la competencia como instrumento al servicio de los objetivos de la Unión Europea.

El derecho es la garantía de la existencia misma del mercado libre y leal, de otro modo estaríamos en una extraña jungla en la que la opresión y la amenaza, inseguridad y coacción se impondrían frente a toda seguridad, lo que traería consigo que el intercambio no sea veraz ni serio, por el contrario falaz, arbitrario y engañoso. El Derecho de la Competencia se ocupa de velar por esta garantía que protege el libre mercado, el cual se puede definir como la institución en la que los agentes pueden entrar, permanecer y salir libremente del intercambio de bienes y servicios⁷⁷. Con estas contundentes palabras el catedrático José Soriano García sentencia el importante papel que desempeña el derecho de la competencia en el correcto funcionamiento del mercado.

Ahora bien el derecho de la competencia se encuentra actualmente en una etapa de madurez y relativa estabilidad⁷⁸, sin embargo es oportuno enumerar las razones que trajeron consigo el cambio de un régimen marcado por la excesiva intervención de Estado al régimen de la implantación de las políticas a favor de la libre competencia.⁷⁹ Entre las razones podemos encontrar: la ineficacia e ineficiencia de la intervención estatal⁸⁰, la necesidad de reducir el déficit público, sanear la hacienda y reducir los gastos de las empresas públicas, el desarrollo tecnológico que echa por tierra los monopolios supuestamente naturales, la globalización de los mercados, la apología de la competitividad, el fortalecimiento de la

⁷⁷SORIANO GARCIA, J.: “La Defensa de la Competencia”, Ed. Iustel, Primera edición, Madrid 2007. Pág. 7

⁷⁸BENEYTO PEREZ, J.: “*Tratado de derecho de la competencia*” Ed. Bosh. Barcelona 2005, Pág. LXIV: Desde el punto de vista comunitario, el derecho de la competencia ha entrado en una etapa de madurez y relativa estabilidad. Madurez por que tiene a sus espaldas 40 años de aplicación y desarrollo en lo que ha venido creciendo cuantitativa y cualitativamente. Con una experiencia importante en todas las áreas de aplicación (control de conductas control de concentraciones, medidas estatales anticompetitivas). Relativa estabilidad también puesto que, después de la reforma del año 2004 no cabe esperar modificaciones de calado en un futuro próximo, aunque si, lógicamente pueda haber pequeños desarrollos o pequeños ajustes. Por su cercanía con la realidad económica y su intento constante de aprenderla, la normativa de competencia y su interpretación han sido sustancialmente dinámicas.

⁷⁹Una explicación del proceso evolutivo en CANO CAMPOS, T.: «La intervención pública en la economía y sus técnicas», en Lecciones y Materiales de Estudio del Derecho Administrativo. Tomo VIII Volumen I, Ed. Iustel, Madrid 2009. Pág. 15 a 23

⁸⁰Aumento de la inflación, del paro y del gasto público, incremento de la burocracia, etc.

posición del consumidor⁸¹, el triunfo de las corrientes ideológicas que apuestan por la privatización y la liberalización, etc., siendo entre todas estas la más importante las exigencias del Derecho Comunitario, las cuales fueron determinantes para el asentamiento de un nuevo modelo.⁸²

El punto de partida- para este cambio de modelo a nivel europeo- podemos fijarlo en la publicación del *Libro Verde sobre la realización del mercado interior*, mediante el cual se somete la regulación nacional a la libre circulación de mercancías y las reglas de la competencia. Esta tarea se ha llevado a cabo a través de la armonización, sobre todo mediante la aprobación de directivas y prohibiciones previstas en los Tratados.

También es muy importante mencionar que el desarrollo del derecho de la competencia en el ámbito de la Unión Europea, no ha pretendido la integración de las normas, por el contrario ha considerado más eficiente para el desarrollo de los objetivos marcados por el Tratado, el mantener un sistema nacional de derecho de la competencia en paralelo con un sistema comunitario.⁸³ Es decir, el derecho europeo ha establecido normas en materia del derecho de la competencia los cuales deben aplicarse en los ámbitos económicos de los Estados, valga la redundancia, ya sea en el sector público como en el privado, con el fin de alcanzar los objetivos trazados por la Unión Europea.

El objeto de la intervención administrativa (mediante el derecho de la competencia) en el mercado es establecer restricciones contrarias a la libre competencia. Es decir, el Derecho de la competencia presenta una perspectiva netamente negativa, ya que no pretende alcanzar objetivos y determinar fines, sino limitar, determinando aquellas conductas que restringen la competencia.⁸⁴

⁸¹A quien se le considera más tutelado y libre cuando tiene la posibilidad de elegir entre varios prestadores.

⁸²CANO CAMPOS T.: «La intervención pública... » Ob. Cit. Pág. 21

⁸³ALONSO SOTO, R.: «La regulación entre los derechos comunitario europeo y español de la competencia» en BENEYTO PEREZ, J.: *Tratado de derecho de la Competencia*, Ed. Bosch, Barcelona 2005. Pág. 63

⁸⁴BAÑO LEON, J.: «Potestades administrativas... » Ob. Cit. Pág. 19

El derecho de la competencia es por tanto un instrumento para conseguir unos fines, pero no es un fin en sí mismo, porque lo que pretende es proteger al mercado de ciertas estructuras o de ciertos comportamientos; ello no impide permitir, en ciertos supuestos, determinados acuerdos que suponen una cierta limitación a la competencia cuando los resultados para el conjunto del mercado resulta beneficiosos, porque contribuyen a mejorar la producción o distribución o fomentar el progreso técnico, haciendo al consumidor participe de estos beneficios.⁸⁵

Así podemos observar que el Estado ofrece numerosas situaciones en las que el mercado está regulado o no es posible abiertamente mantener el proceso de defensa de la competencia, por lo que se tiene que optar por alternativas fácilmente ponderables, quedando justificada la inevitable intervención del Estado para fijar los límites de esa defensa de la libre competencia.

No es difícil imaginar algún supuesto donde el Estado tenga que ponderar entre la defensa de la competencia y lucha contra alguna circunstancia que afecte el interés público. A esto nos referimos cuando mencionamos que es fácilmente ponderable inclinarse por la defensa del interés público frente a la defensa de la libre competencia, ya que la libre competencia es un concepto mudable y adaptable, y así mismo se pueden tomar medidas que aseguren la menor afectación posible a la misma, en cambio el interés público al ser lesionado tiene mayores repercusiones ya que no solo involucra a la economía de los Estados sino a su totalidad. Un ejemplo de las situaciones a las que hacemos referencia son las situaciones reguladas por la propia Ley de Defensa de la Competencia 15/2007 en el artículo 4 y artículo 5.

En el caso de las conductas exentas, y con todas las consideraciones que ellas refieren⁸⁶, el precepto de la norma se refiere a exceptuar por ley *in genere* de las prohibiciones del

⁸⁵DIEZ MORENO, F.: “Manual de Derecho de la Unión europea” Quinta edición Ed. Thomsom Reuters. Cizur Menor 2009. Pág. 611

⁸⁶SORIANO GARCIA, J.: “La Defensa de la...” Ob. Cit. Pág.41y ss.

“presente capítulo”, el cual incluye, no solamente conductas colusorias, sino también el abuso de la posición dominante y el falseamiento de la libre competencia por actos desleales⁸⁷ (supuesto difícilmente imaginables, pero considerados en la ley).

Respecto a este punto el Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente en la sentencia del 6 de julio del 2010, en donde primeramente no permiten una utilización expansiva o abusiva de la figura del artículo 4 LDC. Además proclama expresamente que basta con una mera autorización, no con la imposición de un comportamiento, pero lo autorizado debe ser el propio comportamiento restrictivo de la competencia en cuestión y no una mera figura contractual genérica en la que se incardinara el específico pacto o conducta restrictivos.⁸⁸

Acertadamente la doctrina nos indica que según la normativa y finalidades de la Comisión Nacional de Competencia, queda ampliamente justificada la posibilidad efectiva de que esta institución actúe proponiendo la modificación de leyes (incluso autonómicas) que lesionan la competencia.⁸⁹

Por otro lado en el artículo 5 de la Ley de Defensa de la Competencia se regula los actos de menor importancia que, si bien es cierto no son perseguibles, no por ello dejan de ser nulos. Simplemente *de minimis non curat Praetor* por lo que se ignoran por las Autoridades Públicas pero ello no supone que un reglamento pueda convalidar un acto nulo. (...) diferente es que carezca de importancia desde una perspectiva macro (que no afecte al mercado), y se decida inteligentemente dejarlo estar por los poderes administrativos.⁹⁰

⁸⁷Ibídem Pág. 48

⁸⁸GUTIERRES, A; LORENTE F.: «La exención legal de la Ley de defensa de la competencia» en *Actualidad Jurídica Uriamendez*, núm.28, Año 2011, Pág. 82

⁸⁹SORIANO GARCIA, J.: “*La Defensa de la...*” Ob. Cit. Pág. 45

⁹⁰Pero sin que ello vincule a la posible acción de un sujeto privado que se considere perjudicado, singularmente si existe concurso con una deslealtad y como tal se solicita su nulidad del Juez Mercantil. SORIANO, José Eugenio, “*La Defensa de la Competencia*”, Ed. Iustel, Primera edición, Madrid 2007, Págs. 51y ss.

Con estas dos situaciones reguladas por la Ley de Defensa de la Competencia, pretendemos concretar la idea de que la realidad jurídica actual, por más comprometida que este con las políticas de defensa de la libre competencia, guarda siempre ciertos espacios donde, justificadamente, relativiza estas políticas competitivas. Sin embargo esta relativización de la competencia se realiza bajo condiciones que protejan al máximo los principios que inspiran la libre competencia.

Es tal vez un mejor ejemplo de las “consideraciones especiales a las políticas competitivas” el que encuentra recogido en el TFUE el cual dispone en el artículo 106.2 la excepción de la aplicación de las políticas competenciales a las empresas encargadas de la gestión de servicios cuando concurran estas condiciones (i) que si se aplican las normas de competencia se impida de hecho o de derecho el cumplimiento del servicio, y (ii) que el desarrollo de los intercambios no sea afectado de manera contraria al interés de la unión.⁹¹

En este caso podemos observar que el texto comunitario si bien es cierto norma una excepción, lo hace delimitando cuidadosamente el supuesto, justificándolo por objetivos, entendemos, mucho más relevantes para sus fines.

Este es el mismo sentido que en materia de contrataciones públicas⁹² se le da a la tramitación de urgencia, las compras menores, procedimiento restringido, procedimiento negociado y dialogo competitivo; ya que en cada uno de estos supuestos el Estado (o el organismo internacional o supranacional) ha considerado que se relativice en cierta medida la defensa de la competencia para lograr objetivos ya sean más urgentes o más importantes.

⁹¹DIEZ MORENO, F.: “*Manual de Derecho ...*” Ob. Cit. Pág. 641

⁹²La contratación pública es el más claro ejemplo de esta relativización. Pero al mismo tiempo ejemplo más palpable de la aplicación de las políticas competenciales al desarrollo normativo europeo. Esta afirmación ¿es una contradicción? Por supuesto que no. En la segunda parte del presente trabajo analizaremos como el Derecho de la competencia es la garantía para el correcto funcionamiento de las contrataciones públicas, ahora solo queremos mencionar ciertos aspectos generales donde el interés general prima frente a la defensa de la competencia en las contrataciones públicas.

Como último ejemplo no podemos dejar de mencionar al artículo 46 de la Constitución Española que en relación con el artículo 55 de la misma, admite ciertas restricciones a la libre prestación de servicios justificadas por razones de orden público, de seguridad o salud públicas.

Por lo tanto, podemos afirmar a modo de conclusión que el derecho de la competencia es un instrumento indispensable para el funcionamiento eficiente de la Economía y del que se vale la Unión Europea para la consecución del Mercado interior. Pero como no es un fin en sí mismo, está supeditado a las condiciones en el sector que se apliquen, con lo cual las políticas de la libre competencia pueden ponerse a consideración.

Una pregunta necesaria en este sentido es ¿Cuál es el límite de la relativización de la defensa de la competencia? Para nuestro trabajo, que pretende explorar esta situación en la aplicación de la defensa de la competencia en las contrataciones públicas podemos afirmar que el límite viene definido por los objetivos a los que se enfrente la contratación pública. Por lo que en la última parte de este capítulo nos dedicaremos a establecer los objetivos para los procedimientos especiales que estudiamos.

Sin embargo para poder observar la aplicación de la defensa de la competencia en los procedimientos especiales de contratación, necesitamos conocer bajo qué circunstancias se tiende a una mayor protección del derecho de la competencia y bajo qué circunstancias esta protección se ve disminuida.

Ahora bien, todos los procedimientos de adjudicación de los contratos que regula el TRLCSP están sometidos a los principios generales de igualdad, transparencia, concurrencia y publicidad.⁹³, los cuales tienden correspondencia con límites objetivos, como plazos de publicidad, número mínimo de licitadores, umbrales para la publicación de procedimientos, etc.

⁹³MUÑOZ MACHADO, Santiago: “*Tratado de Derecho...*” Ob. Cit. Pág. 358

A fin de relacionar los indicadores que utilizaremos en el presente estudio con la lesión a la competencia es necesario analizar los principios que se aplican en la contratación pública. Principios que recogen las políticas de defensa de la competencia implantadas en la contratación pública.

2. Los principios de la contratación pública como instrumentos de la defensa de la competencia.

La contratación pública en la Unión Europea formo parte de un objetivo más general: el Mercado Único. Para lograrlo, no basta suprimir los obstáculos a la libre circulación, es preciso además evitar un efecto perverso de tales libertades. La libre competencia y el mercado no pueden defenderse por sí mismos ya que las empresas aprovecharían su poder de mercado o la posibilidad de llegar a un acuerdo de competidores para falsear el libre juego concurrencial.⁹⁴ Por lo que es necesario además de normativa específica de defensa de la competencia que sancione conductas anticompetitivas, normativa nacional revestida de “defensa de la competencia.”

Por otro lado, la normativa de la contratación pública se encarga de conseguir que los contratos se adjudiquen a la oferta más conveniente para los intereses públicos, lo que exige garantizar la aplicación de los criterios más adecuados para la selección del contratista (es decir que a su vez se ajusten a los principios de libertad de accesos a las licitaciones, publicidad transparencia, y no discriminación entre los candidatos); y conseguir que, en los contratos más importantes para el interés público, la administración disponga de prerrogativas necesarias para garantizar la salvaguarda de dichos intereses.⁹⁵

⁹⁴DIEZ MORENO, F.: “Manual de Derecho ...” Ob. Cit. Pág. 610

⁹⁵HUERGO LORA, A. « Contratos del Sector público», en *Lecciones y materiales de Estudio del Derecho administrativo*. Ed. Iustel Tomo III volumen I Madrid 2009. Pág. 239

Pues bien, la contratación pública representa uno de los espacios normativos más importantes para el funcionamiento de los Estados⁹⁶ y es indispensable que las normas que regulan y que diseñan los procedimientos de contratación pública estén orientados a la defensa de la competencia. Esta afirmación se concretizó, con mayor intensidad, en el caso de las Comunidades Europeas que tenían como objetivo principal la el Mercado Único.

Cuando la comunidad europea constata que en la mayor parte de países, las entidades públicas adjudicaban contratos administrativos a favor de empresas nacionales, frente a otras ofertas más competitivas de otras empresas de países comunitarios, se propone liberalizar estos contratos de manera que no pueda existir discriminación por razón de nacionalidad.⁹⁷

Es por esto que el TJCE cuando indica que en los procedimientos de Contratación Pública *son de aplicación los principios encaminados a establecer una libre competencia y finalmente un mercado único común*, lo hace basándose fundamentalmente en el principio de no discriminación.⁹⁸ Y viceversa ya que se afirma además que la apertura de la contratación pública está relacionada principalmente a la no discriminación por razón de nacionalidad, al principio de transparencia, a la libre circulación de mercancías y servicios, pero sobre todo constituye una manifestación concreta al derecho de la competencia.⁹⁹

Por lo tanto la contratación pública está íntimamente ligada a la defensa de la competencia para lograr los objetivos propuestos por Unión Europea, es por esto que pese a que el Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas no contempla ninguna previsión

⁹⁶Así lo indican muchos autores, véase las obras consultadas de Muños Machado, Gimeno Feliu y Moreno Molina.

⁹⁷DIEZ MORENO, F.: *"Manual de Derecho ..."* Ob. Cit. Pág. 681

⁹⁸En ese abanico de principios generales que influyeron en la contratación pública de los Estados miembros cobra especial importancia el principio de no discriminación a razón de nacionalidad, la cual ha sido fundamento para una importante jurisprudencia que ha declarado contraria a derecho las prácticas discriminatorias en la adjudicación de contratos públicos, ya consigan esa discriminación de una forma mediata o inmediata: STJCE 1989/26 de fecha 20 de Setiembre de 1988, Beentjes; 76/1981 de fecha de fecha 10 de febrero de 1982, Transporoute; 229/83 de fecha de 10 de enero de 1985, Leclerc; 202/88 de fecha de 19 de marzo de 1991, Francia contra Comisión y 360/89 de fecha de 3 de junio de 1992, Comisión contra Italia.

⁹⁹DIEZ MORENO, F.: *"Manual de Derecho ..."* Ob. Cit. Pág. 682

relativa a la contratación pública de los Estados miembros, la Unión Europea se ha valido para su desarrollo de la extensión de la aplicación de determinados principios generales contenidos en el mismo como *la no discriminación a razón de nacionalidad; el que prevé la libre circulación de personas y suprime las restricciones de derecho de establecimiento; la libertad de circulación de servicios; o el que se concreta en la garantía de libre circulación de mercancías o productos*¹⁰⁰.

En ese sentido, la contratación pública ingresa en la agenda de las comunidades europeas desde los comienzos de los años setenta cuando esta decide emprender abiertamente una importante reforma en el ámbito de las contrataciones públicas por las razones expuestas, con el objetivo de dotarla de una mayor transparencia, asociándola a los principios comunitarios y el propósito de aumentar el grado de competencia intracomunitaria al abrir cuando se superen determinados umbrales económicos – a pública convocatoria la adjudicación de los contratos celebrados por las administraciones públicas europeas.

Es decir, la apertura de la competencia en el mercado europeo precisa, ante todo, de la introducción de incentivos que impulsen a los compradores públicos y aquellos dotados de derechos especiales exclusivos a realizar adquisiciones aplicando procedimientos competitivos. Es por eso que desde esta época se ha ido sucediendo un número considerable de normas mediante la técnica de la “aproximación legislativa” -, con el objeto de paliar las barreras a la contratación pública en la Comunidad, y tratar de reducir el hábito y, en lo posible, invertir la tendencia de la “compra nacional”, abriendo dichos sectores a la competencia intercomunitaria.¹⁰¹

Por otro lado, al Derecho comunitario le resultan un tanto ajeno los problemas referidos a las prerrogativas que puedan tener la administración contratante, la dualidad de regímenes

¹⁰⁰GIMENO FELIU, J.: “La nueva contratación...” Ob. Cit. Pág. 29.

¹⁰¹GIMENO FELIU, J.: “La nueva contratación pública ...” Ob. Cit. Pág.29

civil/administrativo de los contratos, los efectos que producen, etc.,¹⁰² centrando inicialmente sus esfuerzos en la regulación de las etapas de preparación y adjudicación del contrato que es donde existe mayor posibilidad de vulneración de los principios que protege. Es por este motivo que se entiende que las directivas poseen un espíritu finalista, ya que le preocupan más los objetivos comunitarios a cumplir y menos los instrumentos jurídicos a través de los cuales se cumplen.

Ante la situación heterogénea de los países miembros, las directivas comunitarias se centran en la fase preliminar de la contratación sobre la base de los siguientes principios¹⁰³:

- *Noción funcional de la administración pública.* Para evitar la elusión mediante personificaciones privadas (poder adjudicador), se aplican las reglas comunitarias a todo tipo de entidades siempre que estén controladas por una administración pública y sus actividades no tengan carácter industrial o mercantil.
- *Publicidad comunitaria del contrato.* La convocatoria de las licitaciones públicas, tiene que publicarse en el diario oficial de la Comunidad Europea, con una antelación suficiente que permita la presentación de proposiciones. El plazo general de proposiciones no será inferior a cincuenta y dos días, contados desde la fecha de envío del anuncio al DOCE.
- *Prohibición de toda norma discriminatoria* favorecedora de la industria del país convocante del concurso.
- *Exigencia de objetividad en los criterios de selección*, de modo que asegure la igualdad y la seguridad jurídica respecto de los baremos de selección.
- Exigencia, en fin, de que las legislaciones de los Estado miembros permitan un *acceso rápido al juez que comprenda como derecho público subjetivo*, al menos:

¹⁰²GIL IBÁÑEZ, J.L.: «La recepción del derecho comunitario en las normas españolas sobre contratos públicos. La trasposición de la Directiva 97/52/CE por la Ley 53/1999 de 28 de diciembre» en *Actualidad Administrativa*, Núm. 35, Año 2000

¹⁰³BAÑO LEÓN, J.M.: «La Defensa de la competencia...» Ob. Cit. Págs. 231-232.

- La posibilidad de medidas cautelares autónomas, independientes del recurso principal.
- La prohibición de que el sistema de recursos del Estado miembro, impida la paralización del contrato antes de que este se celebre.
- La reparación de daños y perjuicios al licitador discriminado o perpetrado

Respecto a este comportamiento finalista del ente supra nacional Luis Diez-Picazo nos recuerda que *ello es particularmente importante en un terreno como este, donde hay construcciones jurídicas nacionales profundamente arraigadas y, por debajo de estas, distintas concepciones políticas sobre los cometidos y modos de actuación de los poderes públicos. Si se hubiera adoptado un término consolidados se habría corrido el riesgo de convertir al derecho comunitario en tributario de alguna concreta tradición jurídica nacional de detrimento de otras.*¹⁰⁴

Por tanto el derecho comunitario ofrece una regulación integradora que tiene como objetivo inicial, la adaptación de la legislación de los Estados miembros a estándares mínimos ya descritos, y nos permite afirmar que son principalmente bajo estos principios España ha venido desarrollando toda su regulación en materia de contratos públicos.

Ahora bien después de todo el desarrollo evolutivo de los contratos públicos sabemos que las imposiciones mínimas recogidas se traducen actualmente en los principios de la contratación administrativa y que son de aplicación a los contratos públicos.

Respecto a este punto la doctrina el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas destaca que la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos se extiende no solo a los a los

¹⁰⁴ DIEZ-PICAZO, L.: «La idea de servicios de interés económico general» en COSCULLUELA MONTANER, Luis: Estudio De Derecho Público Económico, Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín – Retortillo, Ed. Civitas, Madrid 2003. Pág. 679

contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias en materia de contratos públicos, el cual no deja de ser limitado, (el Art. 7 de la directiva 2004/18/CE fija el ámbito de aplicación de la misma estableciendo unos umbrales económico), sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las directivas , ya que así lo exigen los distintos preceptos del Tratado de la Comunidad Europea , tal como han sido interpretados por el propio Tribunal.¹⁰⁵

Debido a este marco impuesto por el derecho comunitario europeo se reconoce en el TRLCSP desde su artículo 1 y a lo largo de todo el texto, que el fundamento de la contratación pública es el respeto a los principios de igualdad de trato, publicidad, transparencia y concurrencia¹⁰⁶.

Ahora bien, los principios de igualdad de trato, publicidad, transparencia y concurrencia basados en reglas nacionales y comunitarias de naturaleza constitucional, prevalecen hoy de forma incuestionable sobre cualquier otra función de la normativa sobre contratación. Estos principios son en nuestros días el fundamento de todas las reglas públicas sobre contratos públicos y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias -frente, por ejemplo, a las Directivas europeas sobre contratos o al Acuerdo Mundial sobre Contratación Pública de la OMC, que regulan exclusivamente las fases de preparación y adjudicación de los contratos-.¹⁰⁷

¹⁰⁵MORENO MOLINA, J.; “*Los principios Generales de la Contratación de las Administraciones Públicas*”, Ed. Bomarzo, Albacete, 2006, Pág. 19

¹⁰⁶ Cabe señalar que estos no son los únicos principios recogidos en la citada norma, en ese sentido el Profesor Moreno Molina clasifica en tres grandes grupos a los principios de la contratación pública: Ubica en un primer epígrafe al principio de igualdad de trato, calificándolo como la esencia de la normativa sobre contratación pública, en un segundo lugar enmarca a los principios de publicidad , transparencia y concurrencia y finalmente menciona otros principios aplicables al ámbito de la contratación pública como el respeto a la confidencialidad, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad, el principio de motivación de las decisiones, los principios de economía y eficiencia en la asignación de recursos públicos, la consecución de objetivos sociales, las exigencias de protección al medio ambiente.

¹⁰⁷MORENO MOLIA, J.: «Principios generales de la contratación pública» en *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio 2008. Pág. 47

Como hemos mencionado el derecho europeo persigue como objetivo la consecución de un mercado único, lo cual se logrará implantando medidas adecuadas de defensa de la competencia, la que a su vez se materializa a través del objetivo de asegurar la transparencia, publicidad, la objetividad y la no discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada.¹⁰⁸

Podemos afirmar claramente en este punto que principios de contratación pública son la herramienta a través de la cual se materializa la defensa de la competencia en la contratación pública con el fin de la obtención del mercado único¹⁰⁹.

Estos principios han sido acuñados en la jurisprudencia del alto Tribunal europeo los cuales se han volcado a las Directivas europeas de contratación, para que a su vez se la normativa de contratos española, los ha eleve a su artículo 1 como fundamento de la normativa reguladora de la actividad contractual del sector público.¹¹⁰

Teniendo clara la función y la importancia de la aplicación de estos principios en todos los ámbitos de la contratación pública, detengámonos en analizar cada uno de ellos.

a) Igualdad de trato

El principio de la igualdad de trato exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente y que no se trate de manera idéntica situaciones diferentes,¹¹¹ aplicable por todas las administraciones adjudicadoras (STJ C-285/99 de 27 de

¹⁰⁸Ibídem. Pág. 48

¹⁰⁹Recordemos también que los principios que presiden la adjudicación de contratos públicos —concurrentia, igualdad de trato de los licitadores y no discriminación— son elementos claves para luchar contra la corrupción, puesto que limitan los riesgos de favoritismos y arbitrariedades. MEDINA ARNAIZ, T.: “*Las respuestas normativas ...*” *Ob. Cit.*

¹¹⁰MORENO MOLIA, J.: «Principios generales de la...» Pág. 51

¹¹¹STJCE 117/76 de 19 de octubre de 1977, Ruckdeschel apartado 7; STJCE 16/77 de 13 de diciembre de 1984 Sermide, apartado 28 y Sentencia T-345/03 de fecha de 12 de marzo de 2008, EvropaikiDynamiki. 1º instancia

noviembre de 2001 Lombardini, apartado 37) en todas las etapas del procedimiento de contratación.

Así mismo la jurisprudencia indica que el principio de igualdad de trato implica una obligación de transparencia para permitir que se garantice su respeto (STJ C-92/00 de 18 de junio de 2002, HI, apartado 45, y STJ C-470/99 de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau, apartado 91).

La importancia del principio radica en que su objetivo es favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública. Impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (STJ C-19/00, 18 de octubre de 2001 SIAC Construction, apartado 34, y STJ C-470/99 de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau, apartado 93).

Como hemos mencionado el artículo primero de la norma de contrataciones contiene los principios generales constituyéndolos como fundamento expreso de la misma, sin embargo hay otros principios que se desarrollan en consonancia con los mencionados, por ejemplo el principio de no discriminación, que resulta de particular importancia explicarlos pues, primeramente por que fue el punto de partida para el desarrollo de la contratación pública abierta a la competencia entre los licitadores; y además se encuentra recogido expresamente por el principio del tratado de fundación.

Sobre los principios de igualdad y no discriminación (en esencia son el mismo, o, más precisamente, el segundo es una manifestación del primero), se puede afirmar que son el eje central sobre el que gira el resto de la, ya que la contratación pública, al igual que la globalidad de los procedimientos que tramita la administración, debe huir

de la aplicación de criterios subjetivos, discriminatorios o arbitrarios en la mejor satisfacción de los fines públicos.¹¹²

El principio de no discriminación en los contratos tiene un ámbito de aplicación que supera los límites de las directivas, por ejemplo en el caso Teleaustria, se indica que los contratos de concesiones no se encuentran amparados en el ámbito de la Directiva 93/37 (que recoge los principios de contratación), sin embargo, las entidades contratantes que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. (STJCE 324/98 de 7 de diciembre de 2000 Teleaustria apartado 60, STJ C-92/00 de 18 de junio de 2002, HI, apartado 47 y Auto C-59/00 de 3 de diciembre de 2001, Vestergaard, apartado 20).

Este criterio se aplica con mayor razón aun cuando se trata de contratos públicos de servicios cuyo valor no supera los umbrales fijados por la Directiva 92/50. El mero hecho de que el legislador comunitario haya considerado que los procedimientos especiales y rigurosos previstos en las Directivas sobre contratos públicos no son adecuados cuando los contratos públicos son de escaso valor no significa que éstos estén excluidos del ámbito de aplicación del Derecho comunitario (Auto C-59/00 de 3 de diciembre de 2001, Vestergaard, apartado 19). Asimismo, los contratos excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, al igual que los contratos de concesión, están sujetos a las normas generales del Tratado (STJ 231/03 de fecha de 21 de julio de 2005, Coname, apartado 16).

Respecto a este principio nuevamente el Tribunal indica en la STJ C-275/98 de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia en su apartado 31 indica que dicho principio (de no discriminación) implica, en particular, una obligación de

¹¹² LLAVADOR CISTERNES, H. (coord.): “Contratación administrativa” Ed. Aranzadi, Ciruz Menor 2008, pág. 210

transparencia que permite que la entidad adjudicadora se asegure de que el mencionado principio es respetado.

En la sentencia 458/03 de 13 de octubre de 2005 Parking Brixen se indica que los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios son respetados. Esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase en este sentido la sentencia Teleaustria y Telefonadress, antes citada, apartados 61 y 62).

b) Transparencia

El principio de transparencia es en la contratación el correlato particular de la consagración del mismo en el artículo 3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas.¹¹³ Se trata en el campo de la contratación de asegurar, por un lado, el uso más adecuados de los fondos públicos a la legalidad y la eficiencia , y por otro, que los contratistas reciban la información suficiente de las condiciones que van a determinar la adjudicación del contrato y el objeto de este.

Como hemos visto diversas sentencias del Tribunal de Justicia comunitario hacen una aplicación conjunta de los principios de igualdad de trato y de transparencia, para deducir de ellos la exigencia de que los licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas todos los factores que la entidad adjudicadora tomara en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y, si ello es posible, la importancia de los mismos. La información facilitada tiene que ser igual y

¹¹³ LLAVADOR CISTERNES, H. (coord.): “Contratación...”. Ob. Cit. Pág. 210

suficiente, y la reserva y confidencialidad tiene que ser igualmente aplicada para todos los licitadores (SSTJ C-87/94 de 25 de abril de 1996, Comisión contra Bélgica, *STJ C-19/00, 18 de octubre de 2001 SIAC Construction.*; STJ C-470/99 de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau.*).¹¹⁴

En otra sentencia se menciona que la obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.

Por otro lado el principio de transparencia puede entrar en colisión con la confidencialidad e igualdad de los licitadores si, en aras de aquel principio se descubren antes del momento legalmente fijado las proposiciones de uno de los concursantes. Por eso, la STS de 20 de noviembre de 2009 estableció que la transparencia debe cohonestarse con la confidencialidad hasta el momento en que se produzca la apertura de las proposiciones económicas.¹¹⁵

Debido a que el principio de confidencialidad representa un límite al principio de transparencia, cabe mencionar que por este principio los órganos de contratación están obligados a no divulgar la información facilitada por los empresarios y que estos hayan designado como confidencial, reserva que alcanza, desde luego, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas. También el contratista debe respetar el carácter confidencial de la información que tenga acceso con la ocasión de la ejecución del contrato mismo, o que, por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde e conocimiento de la información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor.¹¹⁶

¹¹⁴ MUÑOZ MACHADO, Santiago: “*Tratado de Derecho...*” Ob. Cit. Pág. 359

¹¹⁵ *Ibídem.* Pág. 359

¹¹⁶ *Ibídem.* Págs. 359- 360.

El TJCE ha declarado explícitamente que el requisito de transparencia no implica necesariamente la obligación de una convocatoria formal de licitación ¹¹⁷ El anuncio puede por lo tanto limitarse a una breve descripción de los detalles esenciales del contrato que debe adjudicarse y del método de adjudicación, junto con una invitación a ponerse en contacto con la entidad adjudicadora. En caso de necesidad, podría completarse con información adicional disponible en Internet o previa petición a la autoridad adjudicadora.

c) Publicidad

La regulación del principio de publicidad la encontramos en el artículos 141 referente al anuncio previo, y en el artículo 142 respecto a la convocatoria de licitadores; sin embargo todo el TRLSCP en especial el procedimiento de selección y adjudicación, esta marcado por este principio que alguna literatura también denomina “de publicidad –información”.¹¹⁸

El principio de publicidad y su puesta en práctica son esenciales para asegurar la libre concurrencia y la igualdad en la contratación pública, así como la transparencia en el procedimiento de selección y en la adjudicación de los contratos.¹¹⁹ Podríamos decir entonces que el respeto del principio de publicidad es una pieza fundamental para asegurar la defensa de la competencia a través de correcta aplicación de los principios.

Ya hemos mencionado alguna jurisprudencia del tribunal de justicia en el análisis de los principios de igualdad y no discriminación, en la cual se indica que los principios

¹¹⁷STJ 231/03 de 21 de julio de 2005, Coname.

¹¹⁸LLAVADOR CISTERNES, H. (coord.): “Contratación ...” Ob. Cit. Pág. 210

¹¹⁹MUÑOZ MACHADO, Santiago: “*Tratado de Derecho...*” Ob. Cit. Pág. 360.

de igualdad de trato y de no discriminación implican una obligación de transparencia que consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado.¹²⁰

Ahora bien, en la *Comunicación interpretativa de la comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública* reseña de manera especial la aplicación del principio de publicidad, por lo que en las líneas siguientes recogeremos en gran medida la interpretación oficial que el ente supranacional ha dado sobre este principio.

A Juicio de la Comisión Europea, la práctica de ponerse en contacto con varios licitadores potenciales sería insuficiente en este sentido, incluso aunque la entidad adjudicadora incluya empresas de otros Estados miembros o intente ponerse en contacto con todos los posibles proveedores. Este planteamiento selectivo no permite excluir la discriminación de licitadores potenciales de otros Estados miembros, en especial los recién llegados al mercado. Lo mismo ocurre con todas las formas de publicidad «pasiva», en las que una entidad adjudicadora no realiza publicidad activa pero contesta a las peticiones de información de los interesados que han descubierto por sus propios medios la adjudicación de contrato prevista. Una simple referencia a información en los medios de comunicación, debates parlamentarios o políticos o eventos como congresos tampoco constituiría una publicidad adecuada.

Por tanto, la única manera de que los requisitos establecidos por el TJCE se puedan cumplir es publicando un anuncio suficientemente accesible antes de la adjudicación del contrato. Este anuncio debe publicarlo la entidad adjudicadora al objeto de abrir la adjudicación del contrato a la competencia.

¹²⁰STJCE 324/98 de 7 de diciembre de 2000 Teleaustria y Telefonadress, apartado 62.

Otro aspecto del principio de publicidad, además de la publicidad suficiente para la mayor difusión del procedimiento ya así asegurar la concurrencia de los licitadores es la exigencia por parte de las normas de dar publicidad al contrato y la selección de empresa a contratar.

Los requisitos de publicidad, en ambos aspectos, varían según la administración contratante, el tipo, características y cuantía económica del contrato. Según los casos aparecen en el Boletín Oficial de la Unión Europea, el Boletín Oficial del Estado, los boletines oficiales de las distintas administraciones o en sus páginas webs. Las administraciones españolas están obligadas a tener en su página web un apartado "Perfil del contratante" espacio en que se da información en materia de contratos públicos.

Es responsabilidad de las entidades adjudicadoras decidir el medio más apropiado de dar publicidad a sus contratos. Su elección deberá basarse en una evaluación de la importancia del contrato para el mercado interior, habida cuenta, en particular, de su objeto, su cuantía y las prácticas habituales en el sector.

Cuanto mayor sea el interés del contrato para los posibles licitadores de otros Estados miembros, mayor deberá ser la difusión. Más en concreto, en el caso de los contratos de servicios contemplados en el anexo II B de la Directiva 2004/18/CE y en el anexo XVII B de la Directiva 2004/17/CE, cuya cuantía supere los umbrales de aplicación de estas Directivas, una transparencia adecuada supondrá normalmente la publicación en un medio de comunicación de amplia difusión.

Como formas de publicidad adecuadas y utilizadas frecuentemente, cabe citar:

- Internet; La amplia disponibilidad y facilidad de uso de Internet permiten un mejor acceso a los anuncios de contratos cuando se efectúan a través de sitios web, especialmente en el caso de empresas de otros Estados miembros y PYME

interesadas en contratos de escasa cuantía. Internet ofrece una extensa gama de posibilidades para el anuncio de contratos públicos:

- La publicación en el sitio web de la entidad adjudicadora es un sistema flexible y con una buena relación coste-eficacia. La información debe presentarse de forma que los licitadores potenciales puedan hallarla fácilmente. Dichas entidades pueden también, si lo desean, publicar información sobre futuras adjudicaciones de contratos no cubiertos por las Directivas sobre contratación pública dentro de su perfil de comprador en Internet.
- Los portales Internet específicamente creados para dar publicidad a los contratos ofrecen más visibilidad y mayores posibilidades de búsqueda. A este respecto, se considera una buena práctica la creación de una plataforma específica para contratos de escasa cuantía, dotada de un directorio de anuncios de contratos y de la posibilidad de suscribirse por correo-e, pues permite aprovechar al máximo las posibilidades que ofrece Internet con el fin de aumentar la transparencia y la eficiencia.
- Boletines Oficiales nacionales, boletines nacionales especializados en la publicación de anuncios de contratos públicos, diarios de cobertura nacional o regional o publicaciones especializadas
- Publicaciones locales, las entidades adjudicadoras podrán seguir recurriendo a publicaciones locales, como diarios locales, boletines de información municipales, o incluso tableros de anuncios. Estos soportes sólo garantizan una difusión estrictamente local, pero pueden ser adecuados en determinados casos como, por ejemplo, cuando se trata de contratos de muy escasa cuantía, únicamente destinados al mercado local.

- Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) /TED (TendersElectronicDaily: diario electrónico de licitaciones), la publicación en el Diario Oficial no es obligatoria, si bien puede resultar una opción interesante, especialmente en contratos de elevada cuantía.

Finalmente la publicidad y toda documentación adicional deberán contener cuanta información resulte razonable para que una empresa de otro Estado miembro pueda decidir si desea manifestar su interés en la obtención del contrato.

d) Concurrencia

En los procedimientos de contratación pública las entidades adjudicadoras podrán limitar el número de candidatos a un nivel adecuado, a condición de hacerlo de manera transparente y no discriminatoria. Así, por ejemplo, podrán aplicar criterios objetivos, como son la experiencia de los candidatos en el sector, el tamaño y la infraestructura de su empresa, sus conocimientos técnicos y profesionales, u otros criterios de igual índole. Incluso podrán optar por un sorteo, bien como único mecanismo de selección, o bien en combinación con otros criterios.¹²¹

El principio de concurrencia se constituye formalmente el límite del número de candidatos a presentar una oferta. Por tanto el principio de concurrencia establece que el número de candidatos preseleccionados deberá responder a la necesidad de lograr una competencia suficiente. Este límite mínimo se encuentra preestablecido por la norma para cada procedimiento especial de contratación

La el principio de libre concurrencia puede ser vulnerada por irregularidades como (i) la exigencia de una clasificación administrativa que se considera ilegal; (ii) la imposición de la obligación de justificar la solvencia económica, financiera y técnica

¹²¹Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública, publicado el de 1 de Agosto de 2006 en el Diario Oficial de la Unión Europea.

del licitador cuando según lo establecido en la LCAP en caso de exigencia de clasificación no cabe imponer la acreditación de aquella solvencia y (iii) la imposición de unos criterios de adjudicación que sólo pueden cumplir algunas empresas.

CAPITULO III: Análisis del diseño y uso de los procedimientos de contratación pública.

1. Justificación y contenido de los indicadores seleccionados

En los capítulos precedentes sostenemos que el derecho de la competencia es un instrumento indispensable para el funcionamiento eficiente de la Economía y del que se vale la Unión Europea para la consecución del Mercado interior. Pero como no es un fin en sí mismo, está supeditado a las condiciones en el sector que se apliquen. Prueba de ellos son los supuestos se configuran en el TRLCSP para la procedencia de los procedimientos especiales de contratación

Los principios de la contratación pública están íntimamente relacionados a la defensa de la competencia. Por ende en este acápite del trabajo analizaremos a la luz de la configuración actual de los procedimientos especiales de contratación-desarrollados en el Capítulo I-y en base al contenido que las fuentes jurisprudenciales otorgan a los principios de contratación en el Capítulo II ¿Qué tan favorecedores son los procedimientos especiales de contratación pública a los principios del TRLCSP que velan por la defensa de la competencia? Para este análisis utilizaremos la relación descrita entre los indicadores y los principios tal como lo describimos en el marco metodológico de la introducción.

Respecto al principio de la igualdad de trato, el principal aspecto de este principio (que las situaciones comparables no reciban un trato diferente y que no se trate de manera idéntica situaciones diferentes) se manifiesta durante la etapa de adjudicación del contrato (evaluación de las propuestas, negociación o dialogo según sea el caso). Este análisis podría objetivarse a través de encuestas a los licitadores y con el acceso a documentación sobre el procedimiento a analizar en específico. No es posible, en nuestro caso, con los recursos que contamos, obtener dicha información que nos permita diseñar la variable para este aspecto de la aplicación del principio. Sin embargo el otro aspecto del principio de igualdad se concreta en el principio de publicidad y transparencia (Impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas a través de

la garantía de los principios de transparencia y publicidad) ya que con una publicidad adecuada se les otorga a los futuros licitadores iguales condiciones de acceso a los procedimientos.

En el caso del principio de transparencia, este se refiere a que los licitadores reciban la información suficiente de las condiciones que van a determinar la adjudicación del contrato y el objeto de este. El respeto a este principio podemos analizarlo en base a la difusión que presentan los medios por los cuales se publicita y mediante el acceso a la información de los procedimientos finalizados.

El principio de publicidad presenta dos aspectos, uno relativo a la publicidad de la convocatoria del procedimiento y otro respecto a la publicidad de los contratos en curso o ya finalizados. El análisis de este principio entonces podemos llevarlo a cabo conociendo que medios de difusión utilizan los entes adjudicadores para realizar la publicidad y el número de días que se publicita la convocatoria

Finalmente respecto al principio de concurrencia, viene materializado en el límite mínimo de licitadores que plantea el diseño de cada procedimiento.

Por otro lado los umbrales diferenciadores entre un procedimiento y otro, también serán tomados en cuenta para el estudio ya que determinan no solo la posibilidad de aplicación de cada uno de estos sino el medio por el cual se realiza la difusión del mismo. Lo que nos permitirá analizar el respeto antelado del principio de transparencia de cada uno de los procedimientos.

Respecto al análisis de los procedimientos llevados a cabo durante el 2010 y 2011 del Ayuntamiento de Madrid, estos serán analizados en base a la información recogida en las Memorias de Registros de Contratos que básicamente son el número procedimientos y montos totales por cada procedimiento.

2. Análisis del diseño de los procedimientos especiales de contratación

a) Número de días de convocatoria

		Abierto	Restringido	Negociado		Dialogo competitivo
				con publicidad	sin publicidad	
Sujetos a regulación armonizada	Otros contratos	52	37 días	37 días	0	37 días
	Contratos de obras	52	52 días	52 días		52 días
No sujetos a regulación armonizada	Otros contratos	15	10 días	10 días		10 días
	Contratos de obras	26	10 días	10 días		10 días
Cuadro N° 10: Número de días de convocatoria en cada procedimiento						

El criterio de “número de días de la convocatoria” nos permitirá analizar el respeto al principio de publicidad que desde su diseño consagra cada uno de los procedimientos especiales. Recordando la relación establecida en el marco metodológico: a más días de convocatoria mayor respeto a los principio de publicidad.

En la comparación de los datos respecto al número de días de convocatoria, podemos observar en primer lugar que el procedimiento negociado sin publicidad es el que en su diseño muestra ningún respeto al principio de publicidad.

Para el análisis de los procedimientos especiales restantes hemos dispuesto los datos en un gráfico comparativo donde las categorías a comparar son:

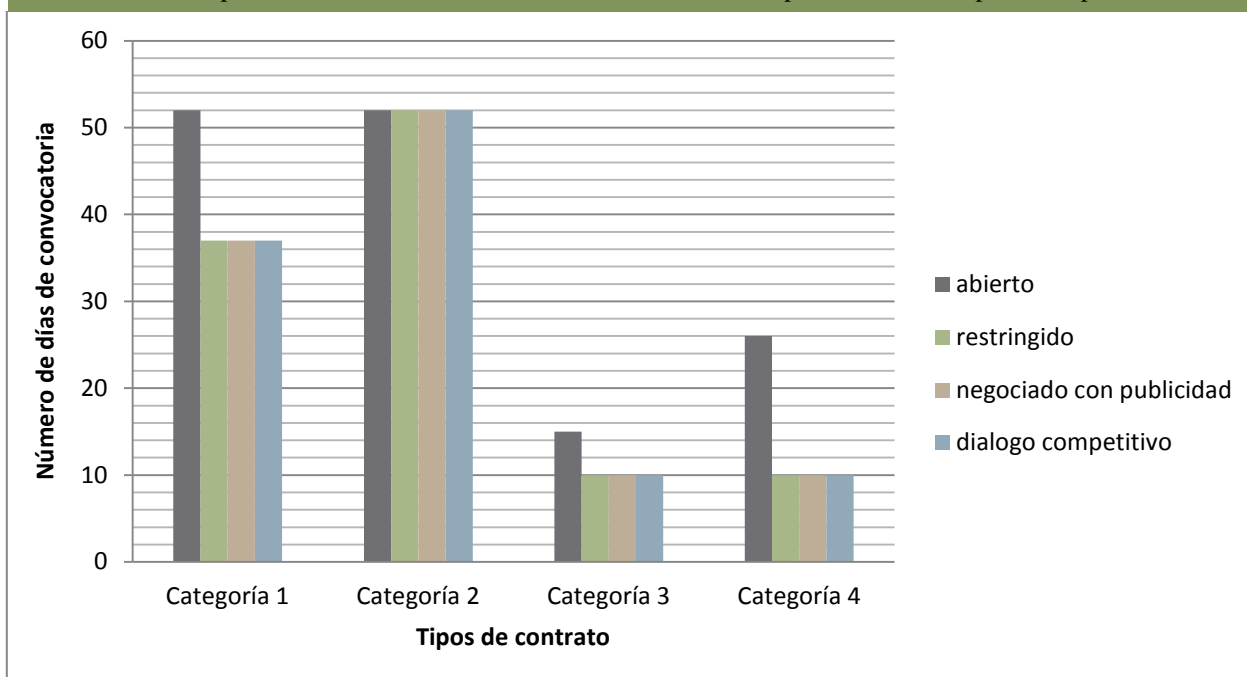
Categoría 1: Contratos sujetos a regulación armonizada / contratos diferente al de obras

Categoría 2: Contratos sujetos a regulación armonizada / contratos de obras

Categoría 3: Contratos no sujetos a regulación armonizada / contratos diferente al de obras

Categoría 4: Contratos no sujetos a regulación armonizada / contratos de obras

Gráfico N° 1: Comparación de número de días de convocatoria en cada procedimiento respecto al tipo de contrato



En este gráfico podemos observar que el comportamiento de los procedimientos especiales de contratación es el mismo en cada una de las categorías. Por lo que no podemos hacer diferencia entre cuál de ellos es más o menos respetuoso del principio de publicidad; sin embargo cabe resaltar que todos los procedimientos especiales de contratación llegan a la máxima protección de este principio cuando se trata de un contrato de obra sujeto a regulación armonizada (categoría 2), y llega a la mínima protección en los contratos de obra no sujetos a regulación armonizada (categoría 4).

Este análisis nos devela un contrasentido del diseño de la propia norma, pues si cuando los contratos de obra están sujetos a regulación armonizada gozan de la máxima protección (52 días) incluso en los procedimientos especiales, el legislador no ha tomado la misma consideración cuando ha reducido de 26 días, cuando se lleve a cabo mediante procedimiento abierto, a 10 en caso se lleve a cabo por algún procedimiento especial.

Entendemos que la protección de los contratos de obra debe ser mucho más exhaustiva debido a los montos económicos en los que se enmarca cada uno de ellos, y por consiguiente el potencial peligro de lesión al mercado mediante conductas anticompetitivas

amparadas bajo la desprotección al principio de publicidad y por ende igualdad de trato entre competidores, que como ya hemos explicado, se constituyen como garantes de la defensa de la competencia.

b) Número mínimo de licitadores

Este indicador describirá la protección que desde el diseño se ofrece al principio de concurrencia, por lo que mayor sea el número mínimo de licitadores en el diseño del procedimiento, mayor será la protección al principio de la concurrencia.

Restringido	Negociado		Dialogo Competitivo
	con publicidad	sin publicidad	
5	3	3	3

Cuadro N° 11: Número mínimo de licitadores en cada procedimiento

Sin embargo de la comparación mostrada en el cuadro N° 11 podemos observar que de los procedimientos especiales de contratación, el procedimiento restringido es el que presenta el número mínimo más alto de licitadores; por lo que se configura como el procedimiento que respeta en mayor grado la libre concurrencia de licitadores. Respecto a los otros procedimientos, todos tienen como número mínimo tres, sin embargo la norma enumera supuestos por los cuales este número mínimo puede reducirse. Por ejemplo para el procedimiento restringido o el de dialogo competitivo, si el número de licitadores que cumplen con los criterios solicitados es inferior a 5 o 3, respectivamente, este podrá iniciarse. Y para el caso del procedimiento negociado se indica que el mínimo de licitadores debe ser el número de tres, “siempre que sea posible”. Como ya hemos indicado en el epígrafe referido al desarrollo de este procedimiento, no es motivo de imposibilidad la deficiente difusión por parte de los entes de contratación. Este panorama nos indica que el análisis de la protección del principio de concurrencia en los procedimientos debe analizarse puntualmente en cada caso.

c) Medios de difusión en dependencia de los “montos de ejecución”

Lo primero que debemos mencionar es que el TRLCSP divide el sector público en administraciones públicas, entes que no tengan el carácter de administraciones públicas y en otros entes del sector público. Esta distinción es importante porque dependiendo de en qué ente público se desarrolle el procedimiento, cambiará el medio por el cual se publicite.

Ahora bien, el análisis de los medios de difusión nos permitirá evaluar de manera directa la protección del principio de transparencia. Los medios de difusión son el DOUE, que tiene alcance a todos los Estados miembros de la UE, el BOE, boletín de alcance nacional, los diarios locales, autonómicos, o provinciales, y finalmente el Perfil del contratante que es una plataforma virtual del propio ente.

Por tanto podemos describir la escala de transparencia de la siguiente manera:



Analizaremos los medios por los cuales se difunden los procedimientos dependiendo de a qué área del sector público se refiera. En ese sentido iniciaremos el análisis de los contratos de las administraciones públicas.

Cuadro N ° 12: Medios de difusión de contratos públicos vía procedimientos especiales en las administraciones públicas		MEDIO DE DIFUSIÓN			
Contrato según su cuantía	Tipo de procedimiento especial	DOUE	BOE	Diarios autonómicos	Perfil de contratante
Contrato sujeto a regulación armonizada	Restringido	Necesario	Necesario	Opcional	Opcional
	Negociado con publicidad	Necesario	Necesario	Opcional	Opcional
	Dialogo competitivo	Necesario	Necesario	Opcional	Opcional
Contrato no sujeto a regulación armonizada	Restringido	Opcional	Necesario en alguno de ellos		Opcional
	Negociado supuestos de cuantía *	-----	Opcional	Opcional	Necesario
	Negociado en el resto de supuestos*	-----	Necesario en alguno de ellos		Opcional
	Dialogo competitivo	Opcional	Necesario en alguno de ellos		Opcional
*Revisar el cuadro N ° 14 en lo referido a los contratos negociados con publicidad.					

A primera vista podemos observar que los contratos *sujetos a regulación armonizada* son los que utilizan los medios de mayor difusión por tanto son los que mayor protección ofrecen al principio de publicidad y transparencia; sin hacer distinción respecto al procedimiento por el cual se lleve a cabo el contrato. Similar situación observamos en los contratos sujetos a regulación armonizada llevados a cabo por entes que no tienen carácter de administración pública, tal y como vemos en el cuadro N° 13.

Para los contratos no sujetos a regulación armonizada, explicados en el cuadro N° 12, observamos que para los procedimientos restringidos y de diálogo competitivo, el legislador ofrece la posibilidad de difundir el contrato en el DOUE, situación que no se aplica para los contratos negociados. Por el contrario solo para los supuestos donde el procedimiento negociados se configure bajo algún supuesto de su configuración por la cuantía, solo será necesaria su publicación en el perfil del contratante de la entidad, es decir en el medio de menor difusión.

Cuadro N° 13: Medios de difusión de contratos públicos vía procedimientos especiales en los entes del sector público que no tienen carácter de administración pública		MEDIO DE DIFUSIÓN			
Contrato según su cuantía	Tipo de procedimiento especial	DOUE	BOE	Diarios autonómicos	Perfil de contratante
Contrato sujeto a regulación armonizada	Restringido	Necesario	Opcional		Necesario
	Negociado con publicidad*	Necesario	Opcional		Necesario
	Dialogo competitivo	Necesario	Opcional		Necesario
Contrato no sujeto a regulación armonizada que supere los 50 000 euros	Restringido	Opcional	Opcional		Necesario
	Negociado	Aplica las normas del cuadro N° 14			
	Dialogo competitivo	Opcional	Opcional		Necesario
Contrato no sujeto a regulación armonizada igual o inferior a los 50 000 euros	Restringido	El TRLCSP no precisa el medio de difusión			
	Negociado				
	Dialogo competitivo				
Otro tipo de entidades , no se fijan montos	Todo tipo de procedimiento	El TRLCSP no precisa el medio de difusión			

Respecto a los contratos llevados a cabo por los entes del sector público que no tienen carácter de administración pública, como hemos mencionado, los procedimientos sujetos a regulación armonizada son los que por ley deben publicarse en el medio de mayor difusión. Ahora bien los contratos llevados a cabo por estos entes gozan de un régimen especial, pues se diferencia aquellos contratos que superan los cincuenta mil euros de los que no, ciñendo a los que superen este monto a la necesidad de publicitar estos contratos – en el caso de los procedimientos restringido y de dialogo competitivo y negociado con publicidad-mínimamente en el perfil del contratante; y para el caso de los contrataos que configuren algún supuesto - distinto de los supuestos por cuantía - para llevarse a cabo mediante el procedimiento negociado si será necesario que se publicite en el BOE o en un diario local, autonómico o provincial, tal y como lo describimos en el cuadro N°12.

Cuadro N°14: Medios de difusión para los para los contratos sometidos a supuestos de procedimientos negociados			MEDIO DE DIFUSIÓN		
	Supuestos		BOE	Diarios autonómicos locales o provinciales	Perfil del Contratante
Negociado con publicidad	Contrato de obras	1000 000 - 200 000	Opcional	Opcional	Necesario
	Contrato de suministros	1000 000 - 60 000			
	Contrato de gestión de servicios	500 000 - 60 000 y duración menor a 5 años			
	Contratos de servicios	1000 000 - 60 000			
	Contratos que se subsuman en los supuestos indicados por ley y que no estén sujetos a regulación armonizada		Necesario en alguno de ellos		Opcional
Negociado sin publicidad	Contrato de obras	inferior a 200 000	No es necesario la publicación en ningún medio		
	Contrato de suministros	inferior a 60 000			
	Contrato de gestión de servicios	inferior a 60 000			
	Contratos de servicios	inferior a 60 000			
	Cualquier contrato	inferior a 100 000			
	Contratos que se subsuman en los supuestos indicados por ley y que no estén sujetos a regulación armonizada				

Estas reglas de aplicación nos indican en primer lugar que para determinar la protección del principio de transparencia en los procedimientos debemos partir de la premisa que no basta con la calificación de los procedimientos sino es necesario tomar en cuenta las clasificaciones de protección que la misma legislación otorga pero desde un punto de vista económico. En este sentido, es evidente que en todos los supuestos descritos en los cuadros 12, 13 y 14 los contratos que gozan de mayor protección son del principio de transparencia son aquellos sujetos a regulación armonizada sin distinción de la vía procedimental utilizada.

Por otro lado en el caso de los contratos no sujetos a regulación armonizada si existe una distinción respecto a la protección del principio de publicidad y transparencia por causa del procedimiento por el cual se lleve a cabo el contrato. Así observamos que los procedimientos restringidos y de diálogo competitivo en el caso de ser llevados a cabo por las administraciones públicas, será publicitado en el BOE o en el diario autonómico, local o provincial, y si es llevado a cabo por un ente que no tenga carácter de administración pública y que sea superior a los cincuenta mil euros será publicado en el perfil del contratante.

Igual situación ocurre para los contratos negociados con publicidad que mantiene mayor protección al principio de publicidad y transparencia para los supuestos que no se configuren por su cuantía, donde la entidad deberá publicitar la convocatoria del contrato en el BOE o diario autonómico, provincial o local, mientras que los procedimientos negociados con publicidad por supuestos de cuantía bastará que se publiquen en el perfil del contratante.

d) Acceso a la información de los procedimientos finalizados

Este criterio nos permite analizar el respeto del principio de transparencia. Somos conscientes que este principio ya fue analizado junto con el respeto del principio de publicidad en el criterio anterior. Sin embargo como hemos explicado a través de las fuentes jurisprudenciales estudiadas, el principio de transparencia no se agota con la sola

difusión de la convocatoria, es también una faz importante a tomar en cuenta el acceso a la información de los procedimientos finalizados por la propia entidad, ya que no solo permite que los potenciales licitadores conozcan los contratos de que realiza el sector público y les permita estar pendientes de próximas convocatorias similares, sino que además, los ciudadanos que muestren un interés especial por ese ente(en el caso de los gobiernos locales, autonómicos o provinciales) o cualquier ciudadano en general, pueda ejercer un control permanente de la actuación económica del Estado que lleva a cabo el gobierno de turno. Estas son las razones por las que consideramos importante continuar con el análisis de los procedimientos mediante este criterio.

En ese sentido el TRLCSP se especifica en el artículo 53 que a fin de *asegurar la transparencia y el acceso público a la información de la actividad contractual*, y sin perjuicio de otra norma que indique otro medio distinto, *los órganos de contratación difundirán a través de internet su perfil de contratante*. Se podrá publicar en el perfil del contratante los procedimientos que se encuentren finalizados. Es decir pese a las intenciones indicadas en la primera línea de este artículo, este solo señala la posibilidad de la publicación de procedimientos en este espacio. Por otro lado en el artículo 151.4 se indica que la notificación de la adjudicación deberá llevarse a cabo mediante el perfil del contratante. Y transcurrida la etapa de posibles recursos la publicación de la formalización se lleva a cabo de acuerdo al artículo 154 del TRLCSP donde se indica sucintamente que

- Si supera 50.000 € (en C. Obras) ó 18.000 € para el resto se publicará en el perfil de contratante, indicando como mínimo los mismos datos mencionados en el anuncio de adjudicación.
- Si supera los 100.000 €¹²² se publicará en el BOE o en los diarios de lasCCAA o de las Provincias en un plazo no superior a 48 días desde la formalización.
- Si se trata de un contrato S.A.R.A El anuncio deberá enviarse al DOUE en elplazo de 48 días y publicarse en el BOE en el mismo plazo anterior.

¹²² En los contratos de gestión de S.P., cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento es igual o superior a dicho importe o el plazo de duración excede de 5 años.

- En el caso de contratos de servicios de las categorías 17 al 27 del anexo II -y de cuantía igual a 200.000 €, el órgano de contratación comunicará la adjudicación a la UE, Indicando si estima procedente su publicación.
- En los contratos cuya licitación no han tenido publicidad tampoco se dará publicidad a las licitaciones

Nuevamente podemos observar que la protección del principio de transparencia no depende, en principio, del procedimiento por el cual se lleve a cabo, sino del monto por el cual se esté ejecutando. Por lo que debemos concluir que el procedimiento negociado sin publicidad es el que no protege en su diseño el principio de transparencia, sin embargo por el Artículo 53 los entes públicos tienen la posibilidad de dar publicidad a estos contratos.

3. Análisis del uso de los procedimientos especiales de contratación en el ayuntamiento de Madrid

Después de haber realizado el análisis del diseño de los procedimientos especiales de contratación en el TRLCSP, analizaremos en este acápite como usan los procedimientos especiales de contratación en el Ayuntamiento de Madrid durante los años 2010 y 2011.

Como hemos mencionado en el marco metodológico los datos que ahora se presentan fueron obtenidos de las Memorias de Registro de los Contratos del Ayuntamiento de Madrid de los años 2010 y 2011. Es necesario mencionar que los datos del Cuadro N° 15 no son los mismos que aparecen en el Perfil del Contratante en el cual para el años 2011 se recogen 208 procedimientos abiertos y 121 procedimientos negociados (sin publicidad), y no se recoge información del año 2010. Esta situación podría tratarse a que cierto contratos superen los cien mil euros, por lo que la publicación de la formalización se haya llevado a cabo por el BOE o diario Local. Para nuestro trabajo utilizaremos los datos de las Memorias RECO, ya que estos son documentos que no pueden ser modificados y serán soporte de nuestro estudio.

a) Número de contratos por procedimientos

Años	Procedimientos			
	Abiertos	Negociados	Restringidos	Dialogo competitivo
2011	388	238	0	0
2010	607	479	0	0

Cuadro N° 15: Número de contrato por procedimiento en el Ayuntamiento de Madrid.

Para poder trazar una progresión de disminución o incremento de los procedimientos insertaremos a estos datos los obtenidos del perfil de contratante, teniendo en cuenta la salvedad de la hemos hecho referencia en el párrafo anterior

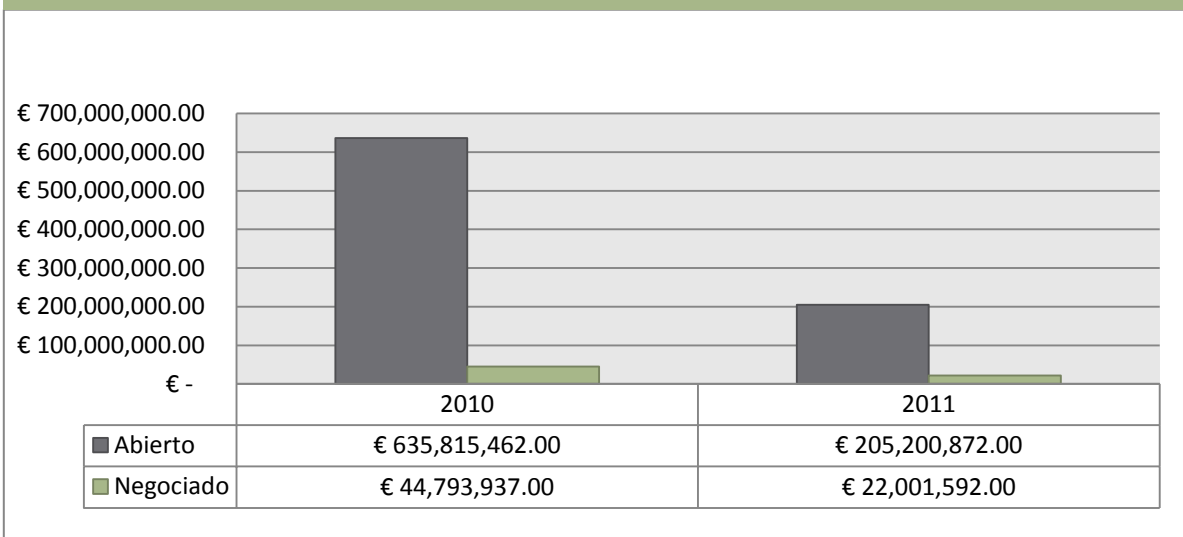
Gráfico N° 2: Progresión del uso de los procedimientos en el ayuntamiento de Madrid en los años 2010, 2011 y 2012



Este gráfico nos muestra claramente que se ha reducido significativamente en dos años en número de procedimientos de contratación, y que por otro lado el uso de procedimientos especiales se ha reducido manteniendo una tendencia similar a la reducción del número total de procedimientos. Esta reducción podría tratarse de la aplicación de políticas gubernamentales de recorte de gasto público, sin embargo esta tendencia será corroborada cuando compremos en el gráfico N° 3 los montos totales de gasto entre un procedimiento y otro.

b) Monto total ejecutado por tipo de procedimiento

Gráfico N° 3: Montos totales ejecutados en los años 2010 y 2011 en los procedimientos de contratación del Ayuntamiento de Madrid



Como apreciamos con toda intensidad en gráfico N° 3 los montos ejecutados vía procedimientos especiales de contratación se constituyen como cifras mínimas que no son relevantes para la lesión al mercado.

Lo primero que podemos anotar respecto a los datos obtenidos es el uso mayoritario del procedimiento abierto, sin embargo cuando la administración ha tenido que optar por la algún procedimiento especial se inclinado únicamente por el procedimiento negociado sin publicidad, que en muchos aspectos puede ser reemplazado por los procedimientos restringido y de dialogo competitivo.

Esta situación debe ser explicada en una investigación que tenga como objeto de estudio el comportamiento de la burocracia basados en el modelo institucional acorde al contexto español tomando estos datos de punto de partida; sin embargo nuestro estudio se centra en demostrar que el uso excesivo de los procedimientos especiales de contratación lesionan la competencia por tanto dejamos indicado la necesidad investigar respecto a este punto.

Debemos afirmar que nuestra hipótesis no se puede comprobada plenamente con los datos del ayuntamiento de Madrid, pues se ha demostrado que este ayuntamiento no hace uso

excesivo del procedimiento negociado sin publicidad. Sin embargo si nos permite afirmar que existe una tendencia por el uso del procedimiento negociado sin publicidad, que es el que justamente menos respeto demuestra desde su diseño a los principio de la contratación pública, garantes de la defensa de la competencia.

En ese sentido si los ayuntamientos usaran en exceso los procedimientos especiales de contratación si lesionaría la competencia, mediante la trasgresión constante a la defensa de la competencia.

CONCLUSIONES

1. El diseño de los Procedimientos especiales de contratación: restringido, negociado y de dialogo competitivo, encuentran fundamento en normas y acuerdos internacionales para fortalecer la economía mundial, que han sido plenamente acogidos por el Derecho Europeo. En la adecuación de la normativa los supuestos para la aplicación de los procedimientos especiales de contratación que recoge el TRLCSP, responde a situaciones especiales donde la actividad económica del sector público no puede ceñirse a los procedimientos abiertos, por lo cual remarcamos su especial necesidad.
2. La garantía para la protección de la defensa de la competencia en los procedimientos especiales de contratación han sido los principios de igualdad de trato, publicidad, transparencia, y concurrencia. Después del análisis de las fuentes jurisprudenciales a las que hemos tenido acceso concluimos que los principios de contratación pública son elementos que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea otorga especial importancia debido a que se fundamenta en los principios que cimientan el organismos supranacional como el de no discriminación por razón de nacionalidad para la consolidación de un Mercado Común.
3. El uso de los procedimientos especiales de contratación, a través del análisis de las fuentes de aplicación, ha determinado que existe una clara tendencia de los ayuntamientos por el uso del procedimiento negociado sin publicidad, pero que en la actualidad el impacto económico no sería relevante para afectar la economía
4. Nuestro estudio se centra en el análisis de los procedimientos restringido, negociado y de dialogo competitivo, respecto a la protección que cada uno de estos ofrece desde su diseño en el TRLCSP a los principios recogidos en la propia Ley. De este análisis se llegó a la conclusión que el procedimiento que menos respeto demuestra a los principios de contratación es el procedimientos negociado sin publicidad.

5. El resultado final de nuestro proyecto de investigación nos indica que si los ayuntamientos usaran de forma excesiva los procedimientos especiales de contratación pública, se lesionaría la competencia gravemente, ya que la tendencia al uso del procedimiento negociado sin publicidad es expresa en todos los resultados recogidos y presentados en este trabajo de investigación.
6. A lo largo de análisis de la normativa en materia de contratación pública, creemos que si bien es cierto todos los principios son fundamentales para la defensa de la competencia, las próximas reformas deben seguir encaminadas a reforzar la protección del principio de transparencia. Por otro lado para el reforzamiento del principio de publicidad consideramos que la centralización únicamente de la publicidad de las convocatorias a través de una plataforma virtual sería fundamental para complementar las actuales normas que regulan la etapa inicial de los procedimientos, que si bien es cierto se corresponden a los grados de protección que la Unión Europea quiere ofrecer a la publicidad de cada contrato, no sería un esfuerzo en vano que, en esta época de crisis, el estado Español busque reforzar la publicidad de todos los contratos, desde aquellos que superan los millones de euros, hasta los se celebran en ayuntamientos de 55 habitantes

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y REVISTAS

- ALBIEZ DORHMAN, K.: «Mercado interior, contrato y derecho de la competencia» en *Revista de derecho Constitucional Europeo*, núm.5º, enero –junio de 2006. Págs. 101-120
- ALONSO SOTO, R.: «La regulación entre los derechos comunitario europeo y español de la competencia» en BENEYTO PEREZ, J.: *Tratado de derecho de la Competencia*, Ed. Bosch, Barcelona 2005.
- BALLESTEROS MOFFA, L.: «La “oferta económicamente más ventajosa”: aspectos formales y materiales», en ALMONACID LAMELAS, V.: *Contratación pública local 2011: conceptos esenciales y aspectos prácticos. Adaptado a la Ley 2/2011, de Economía Sostenible*, Ed La Ley, Madrid 2011.
- BAÑO LEÓN, J.M.: “*Potestades administrativas y garantía de las empresas en el derecho español de la competencia*” Ed. McGraw Hill, Madrid 1996.
- BAÑO LEÓN, J.M.: «La figura del contrato en el Derecho Público: nuevas perspectivas y límites» en *V Congreso Luso-Hispano de profesores de derecho administrativo La Contratación Pública en el horizonte de la Integración Europea*, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 2004.
- BAÑO LEÓN, J.M.: «La Defensa de la competencia en los contratos públicos» en *Jornadas Nacionales de Defensa de la competencia, “Crisis económica y política de la competencia Valencia, 18-19 junio de 2009*; Ed. Librería Tirant lo Blanch, Valencia 2009.
- BERMEJO VERA, J.: “*Diccionario de Contratación Pública*”. Ed. Iustel, Madrid 2009.

- BERNAL BLAY, M, A.: «Acerca de la transposición de las directivas comunitarias sobre Contratación Pública. Comentario a la STJCE de 13 de enero de 2005, AS C-84/03 (Comisión vs. Reino de España) y Real Decreto- Ley 5/2005, de 11 de marzo» en *Revista de Administración Pública*, Núm. 168. Setiembre-diciembre 2005, Págs. 167- 185.
- BLANKER, D: “*La nueva ley de contratos del Sector Público*”, Ed. Tirant To Blanch, Valencia 2007.
- CANO CAMPOS, T.: «La intervención pública en la economía y sus técnicas», en *Lecciones y Materiales de Estudio del Derecho Administrativo*. Tomo VIII Volumen I, Ed. Iustel, Madrid 2009.
- CARBONERO GALLARDO, J.: “*La adjudicación de los contratos administrativos: origen evolución y sistema actual*”, Ed. Universidad de Granada, Granada 2010.
- COSCULLUELA MONTANER, L.: “*Derecho público Económico*”. Ed. Iustel, Tercera edición, Madrid 2009.
- CRESPO MONTES, L.: «Política económica, gasto público y organización administrativa» en COSCULLUELA MONTANER, L: *Estudio De Derecho Público Económico, Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín – Retortillo*, Ed. Civitas, Madrid 2003.
- DIEZ MORENO, F.: “*Manual de Derecho de la Unión europea*” Quinta edición Ed. Thomsom Reuters. Ciruz Menor 2009.
- DIEZ-PICAZO, L.: «La idea de servicios de interés económico general» en COSCULLUELA MONTANER, Luis: *Estudio De Derecho Público Económico, Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín – Retortillo*, Ed. Civitas, Madrid 2003.

- RIVERO YSERN, E.: «Procedimiento y contrato administrativo» en COSCULLUELA MONTANER, Luis: *Estudio De Derecho Público Económico, Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastian Martín – Retortillo*, Ed. Civitas, Madrid 2003.
- DOMINGUEZ OLIVER, R.: “*Código anotado de contratación pública*” Ed. Civitas, Cizur Menor 2011.
- ECO, U.: “*Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura*”. Ed. Gedisa, S.A., Barcelona 1993.
- FERNANDEZ FARRERES, G.: “*Sistema de Derecho Administrativo*” Ed. Civitas, Madrid. 2012.
- GARCÍA CALVO, L: «Análisis práctico de la Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia” en *Diario La Ley* núm. 7602, 1 de abril 2011.
- GARCÍA DE ENTERRIA, G.: “*Curso de Derecho Administrativo I*”, Ed. Thomson Reuters, Décimo quinta edición, Cizur Menor 2011.
- GARCÍA VIÑUELA, E.: “*Teoría del Gasto Público*”, Ed. Minerva 2ª edición, Madrid 2007.
- GIL IBAÑEZ, J.L.: «La recepción del derecho comunitario en las normas españolas sobre contratos públicos. La trasposición de la Directiva 97/52/CE por la Ley 53/1999 de 28 de diciembre» en *Actualidad Administrativa*, Núm. 35, Año 2000 .
- GIMENO FELIÚ, J.: “*El interés general y la objetividad en la contratación pública: instrumentos para garantizar su efectividad*” Manuscrito, Segundo ejercicio para la plaza de profesor titular de Derecho Administrativo Económico convocada por

Resolución del 13 de enero de 1994 del Ilmo. Sr. Rector Magnífico de la universidad de Zaragoza.

- GIMENO FELIÚ, J.: *“El control de la contratación pública. Las normas comunitarias y su adaptación en España”*, Ed. Aranzadi, Madrid 1995.
- GIMENO FELIÚ, J.: *“La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma”*, Ed. Aranzadi, Madrid 2006.
- GIMENO FELIÚ, J.: *“Novedades de la ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos”*, Ed. Aranzadi S.A, Cizur Menor 2010.
- GUTIERRES I y otro: «Economía de la competencia» en BENEYTO PEREZ, J.: *Tratado de Derecho de la Competencia*, Ed. Bosh,. Barcelona 2005.
- GUTIERRES, A; LORENTE F.: «La exención legal de la Ley de defensa de la competencia» en *Actualidad Jurídica Uria Menendez*, núm.28, Año 2011, Pág. 79- 82.
- HUERGO LORA, A.: «Contratos del Sector público», en *Lecciones y materiales de Estudio del Derecho administrativo*. Ed. Iustel, Tomo III volumen I, Madrid 2009.
- LOZANO CUTANDA, B. y SORIANO GARCIA, J.: «Guía de la Comisión Nacional de la Competencia sobre contratación pública y competencia», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 108, 2011, pág. 48-54
- LLAVADOR CISTERNES, H. (coord.): *“Contratación administrativa”* Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2008.

- MATTERA, A.; “*El Mercado Único Europeo: sus reglas, su funcionamiento*”, Ed. Civitas, Primera Edición, Madrid 1991.
- MEDINA ARNÁIZ, T.: «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la Contratación Pública». *Diario La Ley*. Número 7382, 26 abril 2010.
- De La MORENA LOPEZ, J. «Preparación de los contratos (I)», en *Contratación administrativa práctica*, N° 79, 2008, pág. 5-15
- MORENO GIL, O.: “*Contratos administrativos legislación y jurisprudencia*” Ed. Civitas, Tercera edición, Madrid 2002.
- MORENO MOLINA, J.: “*Los principios Generales de la Contratación de las Administraciones Públicas*”, Ed. Bomarzo, Albacete 2006.
- MORENO MOLINA, J.: «Principios generales de la contratación pública» en *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio 2008 Página 45-73
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: “*Tratado de Derecho administrativo y derecho público general*”, Ed. Iustel, Tomo I, Tercera edición, Madrid 2011.
- OJEDA MARÍN, A.: «La Comunidad Europea y el GATT en el moderno sistema de contratación pública» *Revista de Administración Pública*, núm. 116. Mayo-agosto 1998. Pág. 409-449
- PIÑAS MAÑAS, J.L.: «El derecho comunitario como marco de referencia del derecho Español de los contratos públicos» en el libro colectivo dirigido por R. Gomez- Ferrer Comentario a la *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid 2004.

- SACCHETTINI, A.: «La Comunidad Europea y los contratos públicos» en *Jornadas de Contratación Pública (1. 1993. Valladolid)*, Ed. Marcial, Pons. Madrid 1996.
- SANTÍAS VIADA, José Antonio y otros, “*El derecho comunitario de la contratación pública*”, Ed. Escuela de Hacienda Pública, Madrid 1991.
- SORIANO GARCIA, J.: “*Desregulación, privatización y derecho administrativo*”. Dirigido por Evelio Verdera y Tuells. Ed. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia 1993.
- SORIANO GARCIA, J.: “*Derecho público de la competencia*”, Ed. Marcial Pons, Primera edición, Madrid 1998.
- SORIANO GARCIA, J.: “*La Defensa de la Competencia*”, Ed. Iustel, Primera edición, Madrid 2007.
- VICENTE IGLESIA, J.: “*Comentarios a la Ley 30/2007, de 30n de Octubre de contratos del Sector Público*” Ed. La ley, Madrid 2008
- VICENTE IGLESIA, J.: «Reflexiones sobre la nueva Ley de contratos del sector público», *Diario la Ley*, Nº 6871, Enero 2008.

DOCUMENTOS

- Acuerdos GATT de Contratación Pública, ratificado por Instrumento de 30 de diciembre de 1994. BOE de 24 de enero de 1995
- Libro Verde de la Contratación Pública. “La Contratación Pública en la Unión Europea. Reflexiones para el futuro”. Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de Noviembre de 1996
- Libro Blanco. “La Gobernanza Europea”. Comisión de las Comunidades Europeas. Bruselas, 2001
- Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública, publicado el de 1 de Agosto de 2006 en el Diario Oficial de la Unión Europea.
- Guía sobre Contratación Pública y Competencia, Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, febrero 2011.
- Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sistematizada por la Junta de Andalucía, Consejería de Hacienda y Administración Pública disponible en http://www.juntadeandalucia.es/economiayhacienda/contratacion/c_consultiva/jurisprudencia/TJUE.pdf
- De La MORENA LOPEZ, *Evolución histórica de la contratación pública en España* Observatorio de Contratación Pública, Madrid 2012. Disponible en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.57/relcategoria.208/relnu.3/chk.b6d3a1b1638208a89ca144c7c1e19014>
- FUEYO BROS Manuel: Esquema del Texto Refundido de la Ley de contratos del Sector Público. Versión 62 de 16 de marzo de 2013. Disponible en http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_E_SQUEMAS_TRLCSP_vs_General-23-186f072a%232E%23pdf/chk.156d5fea52f1d62a92e4320cf646ecef

FUENTES JURISPRUDENCIALES

- STJCE 117/76 de 19 de octubre de 1977, Ruckdeschel.
- STJCE 76/1981 de fecha de fecha 10 de febrero de 1982, Transporoute.
- STJCE 16/77 de 13 de diciembre de 1984 Sermide.
- STJCE 229/83 de 10 de enero de 1985, Leclerc.
- STJCE 1989/26 de 20 de Setiembre de 1988, Beentjes.
- STJCE 202/88 de 19 de marzo de 1991, Francia contra Comisión.
- STJCE 360/89 de 3 de junio de 1992, Comisión contra Italia.
- SSTJ C-87/94 de 25 de abril de 1996, Comisión contra Bélgica.
- STJ C-275/98 de 18 de noviembre de 1999, UnitronScandinavia.
- STJCE 324/98 de 7 de diciembre de 2000 Teleaustria y Telefonadress,
- STJ C-19/00,18 de octubre de 2001 SIAC Construction.
- STJ C-285/99 de 27 de noviembre de 2001 Lombardini.
- Auto C-59/00 de 3 de diciembre de 2001, Vestergaard.
- STJ C-92/00 de 18 de junio de 2002, HI.
- STJ C-470/99 de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau.
- STJ 231/03 de 21 de julio de 2005, Coname.
- STJ 458/03 de 13 de octubre de 2005 Parking Brixen
- Sentencia T-345/03 de fecha de 12 de marzo de 2008, Evropaïki Dynamiki. 1º instancia

ANEXO

Cuadro N° 1

Cuadro N° 1							
Ayuntamiento		Población	Datos en la plataforma de contratación del Estado	Información en la página web(perfil del contratante)	Perfil del contratante	Información de los procesos	Sistema de búsqueda por procedimiento
1	Madrid	3265038		http://xurl.es/hpxz6	si	si	si
2	Móstoles	205015		http://goo.gl/qqLuP	si	si	no
3	Alcalá de Henares	203686		http://goo.gl/DDZze	si	si	si
4	Fuenlabrada	198560		http://goo.gl/WkS5T	si	no	no
5	Leganés	186552		http://goo.gl/C9yuo	si	si	si
6	Getafe	170115		http://goo.gl/zmrPV	no	no	no
7	Alcorcón	168523		http://goo.gl/zOrdW	si	si	no
8	Torrejón de Ardoz	122589		http://goo.gl/aKjFl	si	no	no
9	Parla	121995		http://goo.gl/vxh3J	si	si	si
10	Alcobendas	109705		http://goo.gl/RYcx3	si	si	no
11	Coslada	91861		http://goo.gl/36O4C	si	si	no
12	Rozas de Madrid, Las	89151		http://goo.gl/ssx7r	si	no	no
13	Pozuelo de Alarcón	82916		http://goo.gl/SxuKf	si	si	si
14	Rivas Vaciamadird	79825		http://cort.as/3tW-	si	si	si
15	Majadahonda	72896		http://goo.gl/S4uXM	si	si	no
16	San Sebastián de los Reyes	70076		http://cort.as/3tWI	si	si	no
17	Valdemoro	68418		http://goo.gl/YQhw1	si	si	no
18	Collado Villalba	60998	http://goo.gl/IFKME	http://goo.gl/NfOMM	si	no	no
19	Aranjuez	55755		http://goo.gl/3oDM1	si	si	no
20	Arganda del Rey	54220		http://goo.gl/t3Wbv	si	si	si
21	Colmenar Viejo	46151		http://goo.gl/60YGd	si	si	no
22	Boadilla del Monte	45643		http://goo.gl/ocJLT	si	si	no
23	Pinto	45468		http://cort.as/3tVu	si	si	no
24	San Fernando de Henares	41380		http://cort.as/3tW4	si	si	no
25	Tres Cantos	41065		http://cort.as/3tWe	si	si	no
26	Galapagar	32575		http://goo.gl/Q0sTH	si	si	no
27	Villaviciosa de Odón	26646		http://goo.gl/ySNC0	si	no	no
28	Navalcarnero	24613		http://goo.gl/AMKtz	si	no	no
29	Ciempozuelos	23354		http://goo.gl/dR4KV	si	no	no
30	Mejorada del campo	22677		http://goo.gl/t7TlN	si	si	no
31	Torreldones	22354		http://cort.as/3tWb	si	si	no
32	Algete	20701		http://goo.gl/ux5Yx	si	si	no
33	Arroyomolinos	19523		http://goo.gl/bGZRl	si	no	no
34	San Martín de la Vega	19224		http://cort.as/3tW9	si	si	no
35	Humanes de Madrid	18774		http://goo.gl/q5SyF	si	si	no
36	Paracuellos de Jarama	18482		http://goo.gl/X1R3c	si	si	no

Defensa de la competencia en los procedimientos especiales de contratación pública

37	San Lorenzo de el Escorial	18447	http://goo.gl/Zzd0L	http://goo.gl/RGHib	si	si	si
38	Villanueva del Pardillo	17865		http://cort.as/3tWm	si	si	no
39	Villanueva de la Cañada	16091		http://cort.as/3tWk	si	si	no
40	Guadarrama	15350		http://goo.gl/KxXQD	si	si	no
41	El Escorial	15092	http://goo.gl/Bh40u	http://goo.gl/aDTNa	no	no	no
42	Alpedrete	13391		http://goo.gl/x6J3c	si	si	no
43	Meco	12554		http://goo.gl/X8Opk	si	si	no
44	San Agustín de Guadalix	12425	http://goo.gl/esMM5	http://goo.gl/NI1hx	si	si	si, en la plataforma
45	Moralzarzal	11985		http://cort.as/3tVa	si	si	si
46	Velilla de San Antonio	11793		http://cort.as/3tWf	si	si	no
47	Valdemorillo	11545		http://goo.gl/vsLf0	si	no	no
48	Villalbilla	10465		http://cort.as/3tWh	si	si	no
49	Brunete	9967		http://goo.gl/BojyY	si	si	no
50	Griñón	9730		http://goo.gl/FZ7jJ	si	si	no
51	Sevilla la Nueva	9268		http://goo.gl/4Bxsq	si	si	no
52	Daganzo de Arriba	8808		http://goo.gl/NmVSg	si	si	no
53	Colmenarejo	8589		http://goo.gl/xGCTm	si	no	no
54	Soto del Real	8505		http://cort.as/3tWP	si	si	no
55	Álamo, El	8475		http://goo.gl/5TBDu	si	si	no
56	Colmenar de Oreja	8378		http://goo.gl/Ccs2n	si	si	no
57	San Martín de Valdeiglesias	8236		http://cort.as/3tW9	si	si	no
58	Molar, El	7973		http://goo.gl/j0rBK	si	si	no
59	Manzanares el Real	7941		http://cort.as/41xf	si	si	no
60	Torres de la Alameda	7731		http://cort.as/3tWT	si	si	no
61	Hoyo de Manzanares	7720		http://goo.gl/6AdpF	si	si	no
62	Loeches	7635		http://cort.as/3tVW	si	si	no
63	Morata de Tajuña	7463		http://cort.as/3tVl	si	si	no
64	Villarejo de Salvanés	7380		http://goo.gl/DkvFk	si	si	no
65	Boalo, El	7298		http://cort.as/41nr	si	si	no
66	Camarma de Esteruelas	7068		http://cort.as/41nt	si	si	no
67	Torrejon de la calzada	6858	http://goo.gl/bPDD0	http://goo.gl/qiYvH	si	no	si, en la plataforma
68	Collado Mediano	6682		http://cort.as/41ny	si	si	no
69	Cercedilla	6610		http://goo.gl/YG2XZ	si	si	no
70	Cobeña	6560		http://goo.gl/87iSl	si	si	no
71	Villa del Prado	6456		http://cort.as/41o-	si	si	no
72	Nuevo Baztán	6377		http://cort.as/3tVr	si	si	no
73	Fuente el Saz de Jarama	6295		http://cort.as/41o2	si	si	no
74	Guadalix de la Sierra	5992		http://goo.gl/w6QqI	si	no	no
75	Becerril de la Sierra	5963		http://goo.gl/SqaS5	si	no	no
76	Miraflores de la Sierra	5448		http://cort.as/41o4	si	si	no
77	Campo Real	5389		http://goo.gl/JZ7aZ	si	no	no
78	Chinchón	5231		http://goo.gl/88FNb	si	no	no
79	cubas de la Sagra	5004	http://goo.gl/NfntL	http://goo.gl/lvWa3	si	no	no

